CONASS documenta

Cadernos de
informação técnica
e memória do CONASS

30

O Direito Sanitário como instrumento de fortalecimento do SUS: a ênfase na Educação Permanente em Saúde e os Resultados do Curso de Especialização

Anexo 5

DIREITO ADMINISTRATIVO SANITÁRIO II

Conteudista

Marcelo André Barboza
da Rocha Chaves

DIREITO ADMINISTRATIVO SANITÁRIO II[1,2]

INTRODUÇÃO

n. 30
O Direito Sanitário como instrumento de fortalecimento do SUS: a ênfase na Educação Permanente em Saúde e os Resultados do Curso de Especialização

Anexo 5
Direito Administrativo Sanitário II

Dominar as regras a serem observadas para aquisições de materiais, bens, serviços e para construção de infraestrutura na área da saúde no âmbito da Administração Pública é fundamental para que os cidadãos recebam serviços de saúde com qualidade, e para que o Poder Público possa executar com eficácia, eficiência e efetividade as políticas públicas de saúde.

Esse texto pretende apresentar as informações mencionadas de maneira objetiva, sem a pretensão de esgotar o assunto, mas abordando de maneira direta os conhecimentos necessários para a assimilação dos aspectos práticos mais relevantes.

VISÃO GERAL E PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO

A licitação constitui o conjunto de procedimentos administrativos formais destinados à aquisição de bens e contratação de serviços pelo Poder Público, obrigatórios para toda a Administração Pública, conforme previsto no art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988. Assim, a Administração Pública não pode comprar bens e serviços diretamente de fornecedores sem antes cumprir os ritos formais previstos em Lei, que tem como objetivo garantir ao Poder Público a obtenção da proposta mais vantajosa e que melhor atenda ao interesse público.

1 Trata-se de texto base utilizado de forma roteirizada para módulo de ensino. Alterado para o formato de capítulo de livro, com vistas a compor a presente publicação.

2 Conteudista: Marcelo André Barboza da Rocha Chaves, Secretário de Controle Externo da Saúde (SecexSaúde) do Tribunal de Contas da União (TCU)

Para tanto, a aplicação das regras previstas nas normas deverá sempre ser feita tendo como parâmetro norteador os seguintes princípios previstos no art. 3º, *caput*, da Lei de Licitações: (*i*) legalidade: esse princípio estabelece que licitantes e a Administração Pública vinculam-se às regras estabelecidas nas normas e princípios em vigor. Dessa maneira, os atos praticados só terão validade se respaldados em Lei; (*ii*) impessoalidade: segundo esse princípio, a Administração deve-se manter em posição de neutralidade, ficando proibida de estabelecer discriminações gratuitas, afastando a discricionariedade e o subjetivismo na condução dos procedimentos de licitação; (*iii*) moralidade e probidade administrativa: licitantes e agentes públicos devem pautar suas condutas pela licitude, pela moral, a ética, pelos bons costumes e pelas regras da boa administração; (*iv*) igualdade ou isonomia: todos os interessados nas licitações devem receber da Administração tratamento igual. Esse princípio é essencial para garantir competição em todos os procedimentos licitatórios; (*v*) publicidade: estabelece que todos os atos praticados no âmbito da licitação devem ser divulgados, sem restrições, resguardados alguns casos previstos na própria Constituição Federal, art. 5º. A aplicação desse fundamental princípio propicia que haja a transparência dos procedimentos e permite questionamentos e controles de toda a atividade administrativa; (*vi*) vinculação ao instrumento convocatório: obriga a Administração e o licitante a observarem as normas e condições estabelecidas no ato convocatório. Nada poderá ser criado ou feito sem que haja previsão no instrumento de convocação; (*vii*) julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos: o gestor público deve observar os critérios objetivos especificados no ato convocatório para julgamento da documentação e das propostas. Afasta a possibilidade de o julgador utilizar-se de fatores subjetivos ou de critérios não previstos no instrumento de convocação.

A legislação básica sobre o tema é enfocada na Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993 – Lei de Licitações –, e pela Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002, Lei dos Pregões. Há também uma série de normativos correlatos que regulamentam diversos outros aspectos e que serão apresentados ao longo do curso, tanto em nível federal, quanto estadual e municipal.

O descumprimento dos princípios mencionados é frequentemente motivo para declarar a nulidade dos certames, como pode ser visto no Acórdão n. 6.198/2009, 1ª Câmara, do Tribunal de Contas da União (TCU):

> A violação de princípios básicos da razoabilidade, da economicidade, da legalidade e da moralidade administrativa, e a desobediência às diretrizes fundamentais da licitação pública, no caso, a isonomia entre licitantes, o julgamento objetivo, a vinculação ao instrumento convocatório, bem como o caráter competitivo do certame constituem vícios insanáveis que ensejam a fixação de prazo para exato cumprimento da lei, no sentido de declarar a nulidade do certame.

A COMISSÃO DE LICITAÇÃO

A condução da licitação é feita por uma comissão designada por autoridade competente, mediante ato administrativo próprio (normalmente portaria). No caso dos pregões, o responsável pela licitação é o pregoeiro. Em caso de pequenas unidades administrativas sem pessoal disponível e que estejam realizando licitação na modalidade convite, a comissão poderá ser substituída por um único servidor designado para esse fim, excepcionalmente.

A comissão poderá ser instituída de forma permanente, quando a designação se der por período indeterminado; ou especial, apenas para licitações específicas. Será constituída por três membros, no mínimo. É obrigatório que pelo menos dois componentes da comissão sejam servidores qualificados e seja do quadro permanente quem executa a licitação, conforme estabelece o art. 51 da Lei de Licitações. Nos pregões, a condução do certame é feita pelo pregoeiro, auxiliado por equipe de apoio, designados de igual forma por autoridade competente do ente executor da licitação.

Compete à comissão a condução operacional da licitação, ou seja, adotar os procedimentos administrativos relacionados à licitação nas modalidades de convite, tomada de preços e concorrência, tais como: (*i*) recebimento e julgamento de documentos apresentados pelos licitantes; (*ii*) abertura das propostas; (*iii*) proceder às habilitações; (*iv*) julgamento de recursos; (*v*) registro em ata, de forma circunstanciada, das decisões importantes de cada

fase do certame, assinada pelos membros da comissão de licitação e por representantes das licitantes presentes, e juntada aos autos do processo, em respeito ao princípio da formalidade (art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993).

No caso dos pregões, o pregoeiro terá as seguintes atribuições: (*i*) coordenar e conduzir o processo, inclusive da sessão pública do pregão, presencial ou eletrônico, e da etapa de lances; (*ii*) receber, examinar e decidir sobre impugnações e consultas, auxiliado pelo setor requisitante do objeto e do responsável pela elaboração do edital; (iii) aferir a conformidade da proposta com os condições e regras estabelecidos no ato convocatório; (*iv*) avaliar as condições de habilitação; (*v*) adjudicar o objeto do certame, quando não houver recurso; (*vi*) submeter o processo instruído a autoridade superior com proposta de homologação.

Os membros da comissão permanente terão mandato de um ano, vedada a recondução da totalidade dos membros em uma mesma comissão no período seguinte. O pregoeiro terá mandato de um ano, podendo ser reconduzido, inclusive para licitações específicas, e deverá fazer parte do quadro de servidores da Administração.

A ocorrência de irregularidades na condução das licitações poderá ter como consequência a responsabilização individual dos membros de comissão de licitação, caso fique evidenciado nexo de causalidade entre a conduta de cada membro da comissão e a irregularidade ocorrida.

Vale destacar a previsão contida no § 3º, art. 51, da Lei de Licitações, que estabelece a responsabilidade solidária da comissão pelos atos praticados, salvo se posição individual divergente estiver devidamente fundamentada e registrada em ata da reunião em que tiver sido tomada a decisão.

Vale também mencionar o Acórdão 206/2007 – Plenário-TCU, em que se concluiu que a aprovação, por órgão colegiado, de edital de licitação eivado de irregularidade implica a responsabilização de todos os membros que não tenham manifestamente registrado sua discordância da deliberação. Por outro lado, o TCU já apreciou casos em que irregularidades inerentes à etapa

de planejamento da contratação não foram imputadas aos integrantes da comissão de licitação designada para a fase de condução do certame.

MODALIDADES DE LICITAÇÃO

Para que a Administração possa realizar as contratações, a Lei de Licitação prevê uma série de procedimentos para condução das licitações, que variam em função da natureza do objeto a ser contratado, seu valor e grau de complexidade.

A esse conjunto de regras de condução definidas em lei, nos artigos 22 e 23 da Lei de Licitações, dá-se o nome de modalidades de licitação, que são as seguintes: Convite; Tomada de preços; Concorrência; Pregão (criado pela Lei n. 10.520/2002); Concurso; e Leilão.

A lei não permite a criação discricionária pelo gestor de outras modalidades de licitação ou a combinação dos procedimentos previstos de duas ou mais modalidades em uma licitação, conforme prevê o art. 22, § 8º. Somente uma nova lei poderá fazê-lo.

CONVITE, TOMADA DE PREÇOS E CONCORRÊNCIA

Essas três modalidades têm em comum o fato de se utilizar o valor estimado da contratação como critério principal para escolha da modalidade, art. 23, da Lei de Licitações, conforme quadro abaixo.

	Obras e Serviços de Engenharia	**Demais objetos**
Convite	Até R$ 150 mil	Até R$ 80 mil
Tomada de Preços	Até R$ 1,5 milhão	Até R$ 650 mil
Concorrência	Acima de R$ 1,5 milhão	Acima de R$ 650 mil

Artigo	Inciso	Alínea	Valor (R$)	Modalidade de Licitação
23				Obras/Serviço Engenharia
	I	A	150.000,00	CONVITE
	I	B	1.500.000,00	TOMADA DE PREÇOS
	I	C	1.500.000,00	CONCORRÊNCIA
				Compras/Outros Serviços
	II	A	80.000,00	CONVITE
	II	B	650.000,00	TOMADA DE PREÇOS
	II	C	650.000,00	CONCORRÊNCIA
24				Dispensa Licitação
	I	-	15.000,00	Obras/Serviço Engenharia
	II	-	8.000,00	Compras/Outros Serviços
				Dispensa Licitação
	Único		30.000,00	Obras/Serviço Engenharia
			16.000,00	Compras/Outros Serviços

Esses limites podem ser aumentados, caso a licitação seja conduzida por Consórcios Públicos, conforme prevê o art. 23, § 8º. Nesses casos, multiplicam-se por dois os valores da tabela anterior, caso até três entes da federação participem do consórcio; e por três quando formado por maior número.

CARACTERÍSTICAS CONCORRÊNCIA

Segundo a Lei de Licitação, concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

Como dito anteriormente, é cabível em qualquer dos casos de licitação e valor estimado do objeto da contratação, mas obrigatória caso os valores estimados alcancem os limites mostrados no quadro anterior.

Listam-se, a seguir, os objetos que só podem ser licitados por meio de concorrência, independentemente do valor: compra de imóveis; alienação de imóveis públicos; concessão de direito real de uso; licitações internacionais

(com exceção prevista no art. 23, § 3º da Lei n. 8.666/1993); celebração de contratos de concessão de serviços públicos; e celebração de contratos de parcerias público-privadas (PPP).

CARACTERÍSTICAS TOMADA DE PREÇOS

Conforme definido no art. 22, § 2º, da Lei n. 8.666/1993, tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

E possível utilizar a tomada de preços para a realização de licitações internacionais, desde que haja cadastro internacional de fornecedores e obedecendo aos limites máximos aplicáveis.

CARACTERÍSTICAS CONVITE

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

Pode-se considerar o convite como sendo a modalidade mais simplificada de licitação, o que não diminui sua importância e a necessidade de aplicação correta de regras específicas desta modalidade.

A primeira delas reside na obrigatoriedade de que a Administração obtenha, pelo menos, três propostas válidas no transcurso da licitação. Isso significa que todas as propostas obedeçam às exigências previstas no ato convocatório. O convite deverá ser repetido caso esse número não seja atingido. Para tanto, deve-se convidar, ao menos, outro interessado entre aqueles cadastrados, até que se atinja o número mínimo de três propostas válidas.

Podem existir situações em que limitações de mercado ou manifesto desinteresse dos convidados impeçam a obtenção das três propostas válidas exigidas por Lei. Nesse caso, deve-se motivar, registrar e documentar tais circunstâncias no processo licitatório como prova e justificativa de realização de convite com menos de três propostas. Caso não seja possível se justificar adequadamente a ausência de pelo menos três propostas, o certame deverá ser repetido, sob pena de responsabilização da Comissão de Licitação. Esse é o posicionamento do TCU contido na Súmula 248:

> Não se obtendo o número legal mínimo de três propostas aptas à seleção, na licitação sob a modalidade Convite, impõe-se a repetição do ato, com a convocação de outros possíveis interessados, ressalvadas as hipóteses previstas no parágrafo 7º, do art. 22, da Lei n. 8.666/1993.

Se o convite for adjudicado por itens, é obrigatória a existência de três propostas válidas para cada item licitado. Questão muito importante a ser observada pela Administração como forma de garantir os princípios da isonomia e moralidade é utilização de critérios objetivos e no interesse da Administração, ao se exercer a faculdade de escolha dos destinatários do convite.

Para tanto, deve-se realizar cadastramento criterioso dos interessados em determinado objeto, pois tal medida garante maior segurança a respeito da capacidade jurídica e técnica dos interessados. Normalmente, os convites são endereçados à praça comercial onde a Administração Pública se localiza, sem prejuízo da participação de outros interessados de qualquer parte do país.

Assim, caso não haja interessados nos locais cadastrados, a Administração poderá recorrer, por exemplo, no âmbito da esfera federal, ao Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (Sicaf). Essa orientação já foi proposta pelo TCU, conforme Acórdão n. 95/2008 Plenário:

> Observe rigorosamente, quando da realização de licitação, na modalidade Convite, o disposto nos arts. 22, § 3º, e 34 da Lei n. 8.666/1993, c/c os dispositivos do Decreto no 3.722/2001, com redação dada pelo Decreto n. 4.485/2002, IN/MARE-GM 05/1995, bem assim o entendimento desta Corte sobre a possibilidade de participação de interessados que não tenham sido formalmente convidados, mas que sejam do ramo do objeto licitado, desde que

cadastrados no órgão ou entidade licitadora ou no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (Sicaf).

Outra regra importante é a que trata da publicidade do certame. Embora seja permitido afixar o instrumento convocatório, nesse caso, a carta-convite, no mural do órgão licitante para possibilitar conhecimento público, nada impede que ele seja publicado na imprensa oficial ou em jornais de grande circulação e na internet, garantindo maior abrangência na publicidade do certame.

CARACTERÍSTICAS CONCURSO

O art. 22, § 4º, da Lei n. 8.666/1993, define esta modalidade como aquela realizada 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 dias. É, como exemplo, por meio desta modalidade que se realizam as seleções e contratações de servidores e funcionários públicos.

Por força do art. 21, da Lei n. 8.666/1993, o Concurso deve ser divulgado por meio de Edital, e, conforme preceitua o art. 52 § 1º, I, II, III, da mesma Lei, e precedido de regulamento próprio no qual devem ser indicados: (*i*) a qualificação exigida dos participantes; (*ii*) as diretrizes e a forma de apresentação do trabalho; (*iii*) as condições de realização do Concurso; e, (*iv*) os prêmios a serem concedidos.

O julgamento realizado no Concurso será feito por Comissão Especial integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria em exame, servidores públicos ou não, segundo o art. 51 § 5º, da Lei n. 8.666/1993.

Deve-se observar com rigor o prazo necessário para execução do objeto do concurso, de forma a adequar o prazo entre a divulgação do concurso e a apresentação do trabalho, de forma a viabilizar ampla participação dos interessados.

SÚMULA N. 231/TCU: A exigência de concurso **público para admissão de pessoal se estende a toda a Administração Indireta, nela compreendidas as Autarquias, as Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, as Sociedades de Economia Mista, as Empresas Públicas e, ainda, as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, mesmo que visem a objetivos estritamente econômicos, em regime de competitividade com a iniciativa privada.**

SÚMULA N. 287/ TCU: **É lícita a contratação de serviço de promoção de concurso público por meio de dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei** n. 8.666/1993, desde que sejam observados todos os requisitos previstos no referido dispositivo e demonstrado o nexo efetivo desse objeto com a natureza da instituição a ser contratada, além de comprovada a compatibilidade com os preços de mercado.

CARACTERÍSTICAS LEILÃO

O Leilão é a modalidade de licitação, entre quaisquer interessados, para, conforme o Art. 22, § 5º, da Lei n. 8.666/1993: (*i*) venda de bens móveis inservíveis para a Administração Pública; (*ii*) venda de produtos legalmente apreendidos ou penhorados; (*iii*) alienação de bens imóveis prevista no artigo 19 a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação. Vencerá o certame aquele que oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

CARACTERÍSTICAS PREGÃO

É a modalidade de licitação realizada entre interessados do ramo de que trata o objeto da licitação que comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital, para fornecimento de bens ou serviços comuns, facilmente encontrados no mercado (chamados bens de prateleira), independentemente do valor estimado da contratação.

São considerados comuns os bens e serviços cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado. Portanto, o pregão não pode ser utilizado para contratação de obras complexas, locações imobiliárias e alienação.

O TCU considera legal o uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia, conforme Súmula n. 257/2010.

Existem duas formas de pregão: (*i*) presencial: realizado em sessão pública na presença dos licitantes; e (*ii*) eletrônico: realizado à distância, por via eletrônica.

Nessa modalidade, os licitantes apresentam propostas de preço por escrito e por lances (verbais ou na forma eletrônica).

O pregão foi instituído pela Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. No âmbito federal, o presencial foi regulamentado pelo Decreto n. 3.555, de 8 de agosto de 2000; e o eletrônico, pelo Decreto n. 5.450, de 31 de maio de 2005. Em decorrência do previsto no art. 4º do Decreto n. 5.450/2005, na Administração Federal, o uso do pregão é obrigatório na contratação de bens e serviços comuns, preferencialmente na forma eletrônica. A decisão pela inviabilidade de utilização do pregão deve ser motivada e justificada pela autoridade competente. Se justificadamente comprovada a inviabilidade pela autoridade competente do ente promotor da licitação, o pregão na forma presencial poderá ser utilizado.

Nas aquisições de bens e serviços comuns para entes públicos ou privados, mediante o uso de recursos públicos da União, repassados por meio de convênios (ou instrumentos congêneres), ou consórcios públicos, será obrigatório o emprego da modalidade pregão, preferencialmente na forma eletrônica, conforme estabelece o art. 4º, § 1º, do Decreto n. 5.504, de 5 de agosto de 2005. Órgãos e entidades privadas sem fins lucrativos, convenentes ou consorciados com a União, podem utilizar-se de sistemas de pregão eletrônico próprios ou de terceiros.

REGISTRO DE PREÇOS

Sistema de Registro de Preços (SRP) são procedimentos adotados pela Administração para registro formal de preços relativos à execução de serviços e fornecimento de bens. Portanto, não se trata de uma modalidade de licitação.

Trata-se de instrumento de apoio ao processo de licitação, caracterizado pelo cadastro de produtos e fornecedores, selecionados mediante prévio processo de licitação, nas modalidades pertinentes (concorrência ou pregão), para futura contratação de bens e serviços. Foi previsto no art. 15 da lei de Licitações e regulamentado pelo Decreto n. 7.892/2013, na esfera federal.

O Registro de Preços é ato público na qual a Administração mantém registrado, em ata própria (Ata de Registro de Preços), os produtos ou serviços com suas características, valores e fornecedores devidamente habilitados, para contratações futuras. Realiza-se a licitação para selecionar fornecedor e proposta para contratações ainda indefinidas, que poderão ser realizadas, por repetidas vezes, durante certo período.

Dessa maneira, é como se a Administração reservasse uma prateleira de supermercado onde ficam "expostos" determinada quantidade de produtos, com os respectivos preços e nomes de fornecedores e que podem ser "consumidos" pela Administração em determinado período. No momento oportuno em que surgir demanda específica, a Administração fará a autorização de fornecimento daquela necessidade pontual, respeitado o prazo de vigência da ata.

A vigência máxima permitida da ata de registro de preços, de acordo com o art. 12 do Decreto n. 7.892/2013, são 12 meses, incluídas eventuais prorrogações, conforme o inciso III do § 3º do art. 15 da Lei n. 8.666, de 1993.

Prorrogações somente serão admitidas até o referido limite e desde que devidamente justificada, mediante autorização da autoridade superior e que a proposta continue se mostrando mais vantajosa.

O SRP pode ser utilizado quando houver as seguintes situações, de acordo com o art. 3º do Decreto n. 7.892/2013: (*i*) quando houver necessidade de contratações frequentes, em função das características do bem ou serviço; (*ii*) quando for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa; (iii) quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; ou (*iv*) quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

No SRP somente podem ser aplicadas as modalidades concorrência ou pregão, do tipo menor preço, com prévia pesquisa de preços de mercado. Se a modalidade for concorrência, pode-se, excepcionalmente, adotar o tipo técnica e preço, mediante despacho fundamentado da autoridade máxima da entidade ou órgão licitador. Características importantes do SRP: (*i*) a Administração não é obrigada a contratar o bem ou serviço registrado; (*ii*) obrigatório que haja interesse do Administração na contratação; (*iii*) o preço registrado e a disponibilidade do produto, nos quantitativos máximos licitados, devem ser garantidos pelo licitante, durante o prazo de validade do registro; (*iv*) a Administração poderá realizar várias contratações, observados o prazo de validade do registro e os quantitativos máximos previamente indicados na licitação; (*v*) é possível a realização de outra licitação para a contratação pretendida, a despeito da existência de Atas de Registro de Preços. No entanto, a aquisição deverá ser feita do licitante com a melhor proposta, garantindo a obtenção da mais vantajosa e que melhor atenda ao interesse público; (*vi*) para a licitação mediante SRP, não há necessidade de indicar a dotação orçamentária, pois não há obrigatoriedade de contratar; (*vii*) caso haja redução ou aumento dos preços de mercado, o preço registrado pode ser revisto; (*viii*) é possível o cancelamento de registro, quando demonstrada a ocorrência de fato superveniente capaz de impedir o cumprimento do compromisso assumido.

As seguintes definições são importantes para o entendimento do assunto: (*i*) Órgão Gerenciador: órgão ou entidade da Administração Pública Federal

responsável pela condução do conjunto de procedimentos do certame para registro de preços e gerenciamento da Ata de Registro de Preços dele concorrente; (*ii*) Órgão Participante: órgão ou entidade da Administração Pública Federal que participa dos procedimentos iniciais do Sistema de Registro de Preços e integra a ata de registro de preços; e (*iii*) Órgão não Participante (ou "Carona"): órgão ou entidade que não é órgão gerenciador ou participante, mas que, durante a vigência da Ata de Registro de Preços, manifesta o interesse de aproveitar o processo realizado por outro órgão ou entidade e atendidos os requisitos do Decreto, faz adesão à ata de registro de preços.

Concluído o certame, a Ata de Registro de Preços fica disponível, durante sua vigência, para os órgãos e entidades participantes do registro de preços ou para qualquer outro órgão ou entidade da Administração (caronas), ainda que não tenha participado do certame licitatório. De acordo com o artigo 22, parágrafo 8º do Decreto n. 7.892/2013, os órgãos e as entidades da Administração Pública Federal são proibidos de aderirem à ata de registro de preços gerenciada por órgão ou entidade municipal, distrital ou estadual. Já o contrário é possível. Para que seja possível a adesão de um "carona" a uma Ata, deve-se comprovar a vantagem de não realizar processo licitatório próprio, nas condições estabelecidas na Ata de Registro de Preços. Além disso, há limitação legal imposta pelo Decreto n. 7.892/2013 quanto à quantidade que o órgão não participante (carona) poderá adquirir: (*i*) individualmente, cada órgão não participante (carona) poderá adquirir 100% do quantitativo somado dos órgãos gerenciador e participante. (22, § 3º); (*ii*) o instrumento convocatório deverá prever que o quantitativo decorrente das adesões à ata de registro de preços não poderá exceder, na totalidade, ao quíntuplo do quantitativo de cada item registrado na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes, independentemente do número de órgãos não participantes que aderirem (22, §4º).

> Em licitações para registro de preços, é obrigatória a adjudicação por item como regra geral, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes e a seleção das propostas mais vantajosas. A adjudicação por preço global é medida excepcional que precisa ser devidamente justificada, além de ser incompatível com a aquisição futura por itens. Acórdão 757/2015 – TCU – Plenário.

TIPOS DE LICITAÇÃO

Além da modalidade aplicável à contratação desejada, o gestor deverá decidir também o critério de julgamento para seleção proposta mais vantajosa para a Administração. Tais critérios são definidos no art. 45, § 1º, incisos I a IV, a saber: (*i*) Menor Preço; (*ii*) Melhor Técnica; (iii) Técnica e Preço; e (*iv*) Maior Lance ou Oferta, nos casos de alienação de bens ou concessão real de uso.

Dessa forma, após definir quais procedimentos (modalidade de licitação) serão usados na contratação planejada, de acordo com as exigências legais, a Administração deverá estabelecer como avaliará as propostas de julgamento, se pelo preço, pela técnica a ser empregada na consecução do objeto, ou por uma ponderação de ambos. Falaremos, a seguir, detalhadamente sobre cada tipo, à exceção do tipo Maior Lance ou Oferta, por estar fora do escopo do nosso curso.

A modalidade concurso não será combinada com nenhum desses tipos licitatórios, em função de regramento específico detalhada no artigo 52 da Lei de Licitações.

Tipo Menor Preço

Nesse tipo de licitação, o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração tem por base o menor preço necessário para a execução do objeto do certame de acordo com as especificações do edital ou convite. É utilizado geralmente para compra de bens, execução de obras ou prestação de serviços. Entre os licitantes considerados qualificados, a classificação será pela ordem crescente dos preços propostos. No caso de empate, o critério para definição do vencedor será exclusivamente o sorteio, que deve ser realizado em sessão pública.

Tipo Melhor Técnica

A Melhor Técnica é utilizada exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, como na elaboração de estudos técnicos

preliminares, projetos básicos e executivos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento, e de engenharia consultiva em geral, conforme disposto no art. 46 da Lei de Licitações. Apesar da técnica ser o critério de seleção, a Administração estabelecerá, no ato convocatório, um valor máximo que se propõe a pagar pelo objeto, assim como a exigência de critérios técnicos mínimos. Uma vez definida a classificação da licitante mais bem avaliada, deverá haver negociação do preço ofertado, utilizando-se, em regra, como referência, a proposta da licitante que ofertou o menor preço e alcançou a técnica mínima desejada.

Tipo Melhor Técnica e Preço

Nesse tipo de licitação, o critério de seleção da melhor proposta para a Administração será maior média ponderada das notas obtidas nas propostas de preço e técnica, de acordo com os pesos preestabelecidos no instrumento convocatório.

Segundo o TCU, a valoração injustificada da proposta técnica em detrimento da proposta de preço pode resultar na restrição à competitividade e no favorecimento de proposta que não seja a mais vantajosa para a Administração, prejudicando, assim, um dos objetivos básicos da licitação. Esse entendimento consta no Acórdão n. 743/2014, Plenário e Acórdão n. 2.909/2012, Plenário.

A Lei de licitações prevê, excepcionalmente, que os tipos Melhor Técnica e Melhor Técnica e Preço, sejam usados para fornecimento de bens e execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto, nas seguintes condições: (*i*) art. 46, § 3º: Excepcionalmente, os tipos de licitação previstos neste artigo poderão ser adotados, por autorização expressa e mediante justificativa circunstanciada da maior autoridade da Administração promotora constante do ato convocatório, para fornecimento de bens e execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto majoritariamente dependentes de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação, nos casos em que o objeto pretendido admitir soluções alternativas e variações de execução, com repercussões significativas sobre sua qualidade, produtividade, rendimento

e durabilidade concretamente mensuráveis, e estas puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, na conformidade dos critérios objetivamente fixados no ato convocatório.

FASES DO PROCESSO LICITATÓRIO

Como vimos anteriormente, a licitação é composta por uma série de procedimentos, de maior ou menor complexidade, que devem se desenvolver em sequência lógica, após a definição da necessidade a ser atendida, até assinatura do respectivo contrato ou emissão de documento equivalente. Para fins didáticos, pois não há definição legal, a licitação pode ser organizada em duas fases: interna e externa. Será apresentada uma visão geral dos procedimentos mais importantes em cada fase.

Fase Interna ou Preparatória

Corresponde às medidas internas da Administração necessárias para preparar o ato convocatório da licitação, antes do conhecimento público. Inicia-se com a abertura do processo administrativo, protocolado e numerado, contendo autorização para contratação, indicação sucinta do objeto e existência de recurso próprio para efetivação da despesa, e ao qual serão juntados oportunamente os documentos enumerados nos incisos de I a XII do art. 38 da Lei de Licitações.

Em síntese e de maneira geral, a Administração adotará a seguinte sequência de procedimentos na fase interna da licitação, conforme sugerido pelo TCU na publicação *Licitações e Contratos – Orientações e Jurisprudência*: (*i*) solicitação expressa do setor requisitante interessado, com indicação de sua necessidade; (*ii*) aprovação da autoridade competente para início do processo licitatório, devidamente motivada e analisada sob a ótica da oportunidade, conveniência e relevância para o interesse público; (*iii*) autuação do processo correspondente, que deverá ser protocolizado e numerado; (*iv*) elaboração da especificação do objeto, de forma precisa, clara e sucinta, com base em projeto básico ou em termo de referência apresenta-

do; (*v*) elaboração de projeto básico, prévio e obrigatório nas licitações para contratação de obras e serviços, em caso de concorrência, tomada de preços e convite; (*vi*) elaboração de termo de referência, prévio e obrigatório nas licitações para contratação de bens e serviços comuns, em caso de pregão; (*vii*) estimativa do valor da contratação, por comprovada pesquisa de mercado, em pelo menos três fornecedores do ramo correspondente ao objeto da licitação; (*viii*) indicação dos recursos orçamentários para fazer face à despesa; (*ix*) verificação da adequação orçamentária e financeira, em conformidade com a Lei de Responsabilidade Fiscal, quando for o caso (quando houver criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesa); (*x*) elaboração de projeto executivo, que pode ser concomitante com a realização da obra ou serviço; (*xi*) definição da modalidade e do tipo de licitação a serem adotados; (*xii*) elaboração da minuta do ato convocatório; e (*xiii*) exame e aprovação da minuta do ato convocatório pela Assessoria Jurídica, dispensável em caso de Convite.

Audiência Pública

Ainda na fase interna, quando o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c", da Lei n. 8.666/1993, ou seja, R$ 150.000.000,00, o procedimento licitatório será precedido obrigatoriamente de Audiência Pública. Este instrumento permite a participação social sobre os termos do futuro certame, mediante a apresentação de sugestões e críticas à versão preliminar do certame. Qualquer cidadão, interessado ou não no certame, terá acesso a todas as informações pertinentes ao procedimento e oportunidade de se manifestarem, até com sugestões sobre a conveniência da licitação. Deve ser divulgada com antecedência mínima de 10 dias úteis, como condição necessária para realização do processo licitatório.

Realizada a audiência, a Administração terá um prazo mínimo de 15 dias para publicação do edital. Nesse período, serão avaliados os dados obtidos na audiência e providenciadas as alterações pertinentes.

Licitação por Item e Parcelamento do Objeto da Licitação

Ainda na fase interna, deve-se definir se o objeto licitado pode ser parcelado em itens, lotes ou parcelas. Licitação por item significa concentrar diferentes objetos em um único procedimento licitatório, que podem representar, cada qual, certame distinto e autônomo, com processamento independente. Muito utilizada quando o objeto do certame permite identificar claramente itens que possam ser divididos e licitados como se fossem várias licitações, porém em uma só. Por exemplo, nas compras de computadores e periféricos, ou material de escritório. O objetivo desse procedimento é proporcionar economia de tempo e recursos materiais, melhorando a eficiências nas compras, e, ao mesmo tempo, ampliando a concorrência entre os licitantes e a probabilidade de obtenção de melhores preços. Dessa forma, é facultado aos licitantes produzirem propostas apenas para alguns itens. Consequentemente, haverá diversos julgamentos e decisões.

A condição, no entanto, para aplicação deste procedimento é estar comprovada a viabilidade técnica e econômica do feito, sem prejuízo para o conjunto licitado.

Importante não confundir licitação por itens com licitação por lotes, em que vários itens são agrupados para serem contratados de um único licitante na totalidade. Deve-se evitar que tal procedimento reduza a competitividade do certame, por meio do afastamento de licitantes que não possam fornecer a totalidade dos itens especificados nos lotes, e utilizá-lo com cautela.

Outra alternativa disponível ao gestor é a divisão do objeto em partes menores e a licitação de cada parcela em diferentes certames, desde que técnica e economicamente viáveis. Nesse caso, é essencial preservar a modalidade aplicável à totalidade das partes ou parcelas do objeto, sob pena de nulidade dos certames. Somam-se os valores correspondentes aos itens parcelados para definição da modalidade de licitação. Para exemplificar, caso a totalidade da despesa de um objeto parcelado apontar para a modalidade concorrência, o gestor poderá realizar somente um procedimento com todas as parcelas (itens ou etapas); ou realizar um processo

de concorrência, em separado, para cada parte da divisão resultante do parcelamento.

O Parcelamento diz respeito à divisão do objeto em parcelas (itens ou etapas), ou seja, em partes menores e independentes. Fracionamento se relaciona à divisão da despesa para adoção de dispensa ou modalidade de licitação menos rigorosa que a determinada para a totalidade do valor do objeto a ser licitado.

A Lei Complementar n. 123/2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, no art. 48, III, estabeleceu cota de até 25% do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cujo valor seja de até R$ 80.000,00, desde que presentes algumas condicionantes, entre as quais destacam-se: (*i*) não se enquadrar nos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação previstos nos arts. 24 e 25 da Lei n. 8.666/1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei de Licitação, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48, Complementar n. 123/2006; e (*ii*) for vantajoso para a Administração e não representar prejuízo para o conjunto do objeto a ser contratado.

Estimativa do Valor da Contratação e Cotação eletrônica

Um dos passos mais importantes na fase interna do processo de licitação é definir o valor do contratação, pois essa informação constará no Ato Convocatório e definirá: (*i*) modalidade de licitação a ser adotada, exceto quanto à concorrência ou ao pregão, que podem ser utilizados independentemente do valor a ser contratado; (*ii*) se será possível o pagamento das despesas da contratação, à luz do recursos orçamentários existentes; (*iii*) parâmetro objetivo para julgamento das propostas apresentadas; (*iv*) a necessidade de realização de audiência pública.

O que deve estar incluído na estimativa do valor do objeto? (*i*) despesas necessárias ao longo de todo o período de vigência do contrato a ser

firmado, consideradas ainda eventuais prorrogações previstas para a contratação; (*ii*) ser baseada em preços pesquisados em empresas do ramo do objeto licitado, no mercado onde será realizada a licitação, que pode ser local, regional ou nacional; (*iii*) pesquisa de preços praticados e/ou fixados por órgão oficial competente, sistema de registro de preços ou vigentes em outros órgãos, sempre que possível; e (iv) condições semelhantes às previstas no procedimento licitatório e se referir a objeto idêntico ao da licitação.

Para compras de pequeno valor que se enquadrem na modalidade de dispensa de licitação, fundamentada no inciso II do art. 24 da Lei n. 8.666/1993, foi criado o sistema de cotação eletrônica para obtenção de propostas de quaisquer empresas que se credenciem previamente no órgão promotor. O Sistema de Cotação Eletrônica de Preços é módulo do Sistema Integrado de Administração e Serviços Gerais (Siasg), e seu funcionamento é regido pelos Anexos I e II da Portaria n. 306, de 13 de dezembro de 2001, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), na esfera federal. Esse sistema vem sendo reproduzido nas demais esferas, pela sua versatilidade e transparência.

O Ato Convocatório

De posse de todas as informações previamente pesquisadas, a Administração iniciará a elaboração do edital ou convite. O edital conterá as regras do certame, os detalhes sobre o objeto licitado e se constituirá na lei interna entre as partes na licitação, devendo ser fielmente cumprido por ambas as partes. Isso significa que, a partir da conclusão e aprovação do ato convocatório, o poder discricionário da Administração se esgota, como ressaltou o STJ no Resp 421.946/DF. Daí a importância em se garantir que o mesmo seja bem redigido, não dando margem à interpretação diversa daquela tencionada pela administração, e de forma a se evitar a inclusão de cláusulas desnecessariamente burocráticas.

Encontra-se no art. 40 da Lei n. 8.666/1993 os itens obrigatórios que devem constar no edital. Não se fará aqui uma abordagem individual detalhada sobre cada um desses itens. Optou-se, em vez disso, por se des-

tacar os principais pontos relacionados ao assunto. Por isso, recomenda-se a leitura da Lei e as obras recomendadas na bibliografia deste curso.

A Administração deve sempre se orientar pelos princípios da Lei de Licitações ao redigir o edital, de forma a impedir o estabelecimento condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação. Ou ainda, preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer exigência impertinente ou irrelevante para o objeto do contrato.

De maneira geral, o ato convocatório estabelecerá prazos, instruções relativas a recursos e impugnações, informações pertinentes ao objeto e aos procedimentos, forma de apresentação de documentos e de propostas, além de outras necessárias à realização da licitação.

No preâmbulo do ato convocatório, encontram-se sumariamente informações sobre o certame, tais como a modalidade, o objeto, o tipo de licitação e datas e local para recebimentos das propostas e início do certame. O restante do edital conterá as regras detalhadas do certame, sendo algumas consideradas essenciais. A seguir, exemplificam-se algumas delas: (*i*) especificação do objeto; (*ii*) condições de habilitação e qualificação; (*iii*) forma de apresentação das propostas; (*iv*) critério para julgamento; (*v*) critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedada a de preços mínimos. Proíbe-se o estabelecimento de critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48 da Lei n. 8.666/1993; (*vi*) validade das propostas, contado da data prevista para o recebimento dos envelopes "documentação" e "proposta"; (*vii*) critérios de reajuste, ou condições de repactuação de preços, se for o caso; (*viii*) condições de pagamento; (*ix*) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros, quando for o caso; (*x*) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada item, etapa ou parcela até a data do efetivo pagamento; (*xi*) compensações financeiras e penalidades por eventuais atrasos, descontos ou antecipações de pagamentos; (*xii*) exi-

gência de seguros, quando for o caso; (*xiii*) garantia, contado do recebimento ou funcionamento do objeto; e (*xiv*) sanções no caso de inadimplemento.

O original do edital deverá ser datado, rubricado em todas as folhas e assinado pela autoridade que o expedir, permanecendo no processo de licitação, e dele extraindo-se cópias integrais ou resumidas, para sua divulgação e fornecimento aos interessados. Quando for o caso, conterá os seguintes anexos: (*i*) no caso de obras, projeto básico e/ou executivo, com todas as suas partes, desenhos, especificações e outros complementos; (*ii*) orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários; (*iii*) a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor; e (*iv*) as especificações complementares e as normas de execução pertinentes à licitação.

Sobre o recolhimento prévio de taxas ou emolumentos relativos ao fornecimento do edital e dos elementos constitutivos, este ser limitado ao valor do custo efetivo de reprodução gráfica ou, quando for o caso, aos custos de utilização dos recursos de tecnologia da informação, conforme ressaltado pelo TCU no Acórdão 2715/2008 Plenário.

Concluída a elaboração da minuta do edital e de posse do parecer jurídico do setor competente do licitante, quando for o caso (desnecessário nos convites), a autoridade competente poderá aprovar o edital e divulgá-lo, dando início à fase externa do certame. Embora dispensável o parecer jurídico em algumas situações, as minutas de contratos sempre devem ser avaliadas pela consultoria jurídica.

Fase Externa

Inicia-se com a divulgação do ato convocatório e se estende até o momento da contratação do objeto licitado. Todos os procedimentos nessa fase são definidos do art. 43 ao art. 53 da Lei n. 8.666/1993. Não serão detalhados, neste curso, os detalhes e pormenores previstos na Lei. Serão enfatizados, todavia, os principais aspectos a serem observados pelo condutor do certame. De maneira geral, essa fase se caracteriza por uma série de procedimentos sequenciais obrigatórios, em que a realização de determinado ato depende da conclusão do antecedente.

Poder-se-ia resumir os principais procedimentos para as modalidades concorrência, leilão, concurso, tomada de preços e convite, no que couber, da seguinte maneira: publicação do extrato do ato convocatório; fase impugnatória do ato convocatório, com republicação e reabertura do prazo, quando for o caso; recebimento dos envelopes com a documentação e as propostas; abertura dos envelopes com a documentação; verificação da habilitação ou inabilitação dos licitantes; fase recursal, com efeito suspensivo até a decisão do recurso, se houver; abertura dos envelopes com as propostas; julgamento e classificação das propostas, de acordo com os requisitos do edital; declaração do licitante vencedor; fase recursal, com efeito suspensivo até a decisão do recurso, se houver; homologação ou aprovação dos atos praticados no procedimento; adjudicação do objeto à licitante vencedora; empenho da despesa; e assinatura do contrato ou retirada do instrumento equivalente.

A modalidade pregão apresenta diferença na ordem acima: há inversão na sequência de abertura de envelopes, iniciando-se pelo das propostas para, posteriormente, ocorrer abertura do envelope contendo os documentos de habilitação somente do licitante com a melhor proposta válida. Essa mesma inversão na abertura dos envelopes pode ser aplicada para os casos de certames relativos a concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, conforme Lei n. 8.987/1995, art. 18-A. Se os certames estiverem sob a égide de leis estaduais e municipais, é imperioso que se observe a possibilidade de existência de variações nos procedimentos.

PUBLICAÇÃO RESUMIDA DO ATO CONVOCATÓRIO

Com a publicação de aviso na imprensa oficial e em jornal diário de grande circulação, inicia-se a fase externa do certame, dando publicidade a ele. O aviso deve apresentar informações fundamentais do certame, como data, horário, objeto, especificação, quantidade, local para acesso ao ato convocatório. De acordo com a modalidade e do valor estimado da contratação, os resumos dos editais serão publicados em diferentes veículos de comunicação, e, no mínimo, publicados uma vez:

- modalidades tomada de preços e concorrência:

  a. Diário Oficial da União, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal, ou ainda quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidas por instituições federais;

  b. Diário Oficial do Estado ou do Distrito Federal, quando se tratar, respectivamente, de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual/Municipal ou do Distrito Federal;

  c. jornal diário de grande circulação no estado e, se houver, em jornal de circulação no município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço ou fornecido o bem, podendo a Administração, conforme o tamanho da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição;

- modalidade pregão eletrônico:

  a. para bens e serviços comuns de valores estimados em até R$ 650.000,00:

     i. no Diário Oficial da União;

     ii. em meio eletrônico, na internet;

  b. para bens e serviços de valores estimados acima de R$ 650.000,00 até R$ 1.300.000,00:

     i. no Diário Oficial da União;

     ii. em meio eletrônico, na internet;

     iii. em jornal de grande circulação local;

  c. para bens e serviços de valores estimados acima de R$ 1.300.000,00:

     i. no Diário Oficial da União;

     ii. em meio eletrônico, na internet;

iii. em jornal de grande circulação regional ou nacional.

- modalidade pregão presencial:

a. para bens e serviços de valores estimados até R$ 160.000,00:

i. Diário Oficial do respectivo ente federado;

ii. em meio eletrônico, na internet, facultativamente;

a. para bens e serviços de valores estimados de R$ 160.000,01 até R$ 650.000,00:

i. Diário Oficial do respectivo ente federado;

ii. em meio eletrônico, na internet, facultativamente;

iii. em jornal de grande circulação local;

b. para bens e serviços de valores estimados superiores a R$ 650.000,00:

i. Diário Oficial do respectivo ente federado;

ii. em meio eletrônico, na internet, facultativamente;

iii. em jornal de grande circulação regional ou nacional;

- pregão realizado para o sistema de registro de preços, independentemente do valor estimado, a publicação será feita:

i. Diário Oficial da União;

ii. em meio eletrônico, na internet;

iii. em jornal de grande circulação regional ou nacional.

Para os órgãos e entidades pertencentes ao Sistema de Serviços Gerais (Sisg) do Governo Federal, independentemente do valor estimado da

contratação, são obrigatórias a divulgação e a disponibilização da íntegra do edital no Comprasnet (www.comprasnet.gov.br). Caso haja alteração no edital, deve-se republicá-lo da mesma forma quando da publicação original, reabrindo-se, portanto, os prazos inicialmente estabelecidos. A exceção a essa regra ocorre quando as alterações não influenciarem a elaboração das propostas e a preparação dos documentos de habilitação.

PRAZOS DE DIVULGAÇÃO

Dependendo da modalidade de licitação a ser utilizada, os prazos mínimos de divulgação do certame até o recebimento das propostas são distintos. Pode-se dizer que são proporcionais ao grau de complexidade do certame e serão, conforme art. 21 da Lei de Licitações:

a) concorrência:

   i) 45 dias: para certames do tipo melhor técnica ou técnica e preço ou o contrato a ser celebrado contemplar o regime de empreitada integral;

   ii) 30 dias: para os demais casos;

b) Concurso: 45 dias;

c) tomada de preços:

   i) 30 dias: para certames do tipo melhor técnica ou técnica e preço;

   ii) 15 dias: para os demais casos;

d) convite:

   i) 5 dias úteis: em qualquer caso;

e) pregão presencial ou na forma eletrônica:

   i) 8 dias úteis: em qualquer caso.

A contagem dos prazos de divulgação se inicia da data da última publicação do aviso com o resumo dos editais ou da expedição do convite.

Se, por algum motivo, o ato convocatório e respectivos anexos não estiverem prontos na data da divulgação, prevalecerá a data em que ficarem efetivamente disponíveis aos interessados.

Os prazos são contados consecutivamente, salvo se previsto no ato convocatório, contrato ou convênio, que será em dias úteis:

- Quando expressos em dias: contam-se os prazos de modo contínuo e começam a valer a partir da data da notificação oficial da decisão;
- Se fixados em meses ou anos: contam-se de data a data. Se no mês do vencimento não houver o dia equivalente àquele do início do prazo, tem-se como termo o último dia do mês.
- Para efeito da Lei de Licitações, será dia útil aquele em que há expediente na entidade ou órgão promotor do certame. Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil seguinte se o vencimento cair em dia em que não houver expediente ou se este for encerrado antes do horário.

Na contagem dos prazos, exclui-se o primeiro dia do ato ou de sua divulgação e inclui-se o último como dia de vencimento.

PARTICIPAÇÃO DA LICITAÇÃO

Qualquer licitante pode participar de licitação pública, desde que comprove a compatibilidade entre o ramo de atividade em que atua e o objeto da licitação. Deve possuir também os requisitos mínimos de habilitação. Podem também participar da licitação sociedades cooperativas e consórcios de licitantes, qualquer que seja a forma de constituição, se permitido no ato convocatório e observando as regras previstas no art. 33 da Lei n. 8.666/1993.

Estão impedidos de participar, direta ou indiretamente, de procedimentos licitatórios aqueles que estejam: (*i*) suspensos para licitar ou contratar com o órgão ou entidade da Administração que aplicou a penalidade; e (*ii*) declarados inidôneos para licitar ou contratar com a Administração Pública,

enquanto perdurarem os motivos da punição; (*iii*) nos casos de execução de obra ou de prestação de serviços, e do fornecimento de bens a eles necessários, direta ou indiretamente: autor do projeto básico ou executivo, pessoa física ou jurídica; servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante ou responsáveis pela licitação; empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% do capital com direito a voto, ou controlador, responsável técnico ou subcontratado.

A Lei n. 8.666/1993, em seu art. 9, § 3º, define participação indireta com a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos fornecimentos, obras e serviços, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários. Tal entendimento se estende aos membros de comissão de licitação, pregoeiros e equipes de apoio.

A Lei previu que o autor do projeto poderá participar de licitação de execução de obra ou prestação de serviços, ou na execução, somente na qualidade de consultor ou técnico, desde que nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, e exclusivamente a serviço da Administração.

A Lei Complementar n. 123/2006 permitiu que órgãos e entidades da União, dos estados e dos municípios promovam processos licitatórios destinados exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte, inclusive sociedades cooperativas que tenham auferido, no ano-calendário anterior, receita bruta até o limite definido no inciso II do *caput* do art. 3º da Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006 (art. 34 da Lei n. 11.488/2007), nas contratações cujo valor seja de até R$ 80.000,00.

No entanto, tal possibilidade somente poderá ser aplicada quando: (*i*) for expressamente prevista no ato convocatório; (*ii*) for vantajosa para a Administração e não representar prejuízo para o conjunto do objeto a ser contratado; (*iii*) houver, no mínimo, três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados no local ou na região do certame e com capacidade para cumprir as exigências previstas

no edital; (*iv*) não se enquadrar nos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação previstos nos arts. 24 e 25 da Lei n. 8.666/1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei.

Nesse caso, no que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal, conforme disposto no art. 47, parágrafo único, da Lei Complementar n. 123/2006.

Maiores detalhes sobre forma de constituição de cooperativas podem ser obtidas pela Lei n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971.

RECEBIMENTO DOS ENVELOPES

Até o dia, horário e local fixados no aviso do edital ou entrega do convite, o licitante deve apresentar, aos responsáveis pela licitação, os envelopes contendo a documentação de habilitação, proposta técnica e/ou de preço, em envelopes separados, fechados e rubricados no fecho. O licitante de concorrência, tomada de preços e convite não necessita encaminhar representante legal para entregar os envelopes com a documentação e as propostas escritas e/ou se fazer presente na reunião de abertura dos envelopes correspondentes.

Já no pregão presencial, o licitante que quiser participar da fase de lances, além de entregar os envelopes com os documentos exigidos e as propostas escritas, deve credenciar representante legal com poderes para oferecer novos preços. Caso não tenha interesse em participar da fase de lances, o proponente pode remeter os envelopes ao órgão ou à entidade que promove a licitação pela melhor forma que encontrar, inclusive pelo correio.

No pregão eletrônico, os licitantes devem encaminhar as propostas até a data e a hora marcadas para abertura da sessão, exclusivamente por meio do sistema eletrônico. Esgotado o prazo estabelecido, a fase de recebimento das propostas será encerrada automaticamente.

Existe sigilo quanto ao conteúdo da proposta, que se estende até a respectiva abertura dos envelopes; e a abertura dos envelopes será realizada sempre em sessão pública da qual se lavrará ata circunstanciada, assinada pelos responsáveis pela licitação e pelos representantes legais dos licitantes presentes. Aspecto importante a ser observado é a impossibilidade de os licitantes desistirem das propostas oferecidas, após entrega dos envelopes, independentemente da modalidade de licitação realizada, salvo por motivo justo decorrente de fato superveniente, aceito pelos responsáveis pela licitação.

Habilitação dos Licitantes

Entregues os envelopes e na data previamente divulgada, inicia-se a fase de habilitação dos licitantes, ato pelo qual a Comissão de Licitação recebe e avalia a documentação dos licitantes e manifesta-se sobre a sua regularidade, habilitando aqueles que estiverem em conformidade com as exigências requeridas e inabilitando os que não atenderem essas exigências. É uma forma de se verificar a capacidade do licitante de executar o objeto, bem como sua inidoneidade.

A Administração deverá usar o princípio da razoabilidade e proporcionalidade e exigir documentos de habilitação compatíveis com o ramo do objeto licitado, especialmente aqueles que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeira dos licitantes.

Além disso, não será permitido o estabelecimento de cláusulas desnecessárias e restritivas ao caráter competitivo, restringindo-se apenas ao necessário para o cumprimento do objeto.

O art. 27 da Lei n. 8.666/1993 apresenta a lista exaustiva dos documentos exigidos para a habilitação nos certames, sendo vedada a exigência de outros documentos além dos listados abaixo: I – habilitação jurídica; II – qualificação técnica; III – qualificação econômico-financeira; IV – regularidade fiscal e trabalhista; V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 e de qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos).

Habilitação jurídica

De modo geral, na análise da documentação para fins de habilitação jurídica, devem ser observadas as normas que regulam e legitimam a atividade de pessoas físicas ou jurídicas. A documentação exigida, conforme o caso está prevista nos arts. 27 e 28 da Lei n. 8.666/1993.

Regularidade fiscal

A regularidade fiscal e a trabalhista do licitante são itens de verificação obrigatórios nas licitações. A documentação exigida, conforme o caso, está prevista no art. 29 da Lei n. 8.666/1993. O Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Lei Complementar n. 123/2006) permitiu que a comprovação de regularidade fiscal dessas empresas somente será exigida para efeito de assinatura do contrato. A lei determina, no art. 43, que essas sociedades apresentem, por ocasião da participação em certames licitatórios, toda a documentação exigida para comprovação de regularidade fiscal, mesmo que esta contenha alguma restrição.

Caso haja alguma restrição na documentação, deverá ser assegurado às microempresas e empresas de pequeno porte o prazo de cinco dias úteis para regularização dos documentos, contados do momento em que o proponente for declarado vencedor do certame. Esse prazo poderá ser prorrogado por igual período, a critério da Administração.

Caso a situação não seja regularizada, implicará decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, sendo facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a assinatura do contrato, ou revogar a licitação.

Qualificação técnica

O licitante interessado no fornecimento de bens, execução de obras ou prestação de serviços para a Administração deverá se qualificar tecnicamente para participar de licitações públicas, demostrando sua aptidão, ou

seja, conhecimento técnico especializado, experiência e capacidade operativa para fornecer/executar o objeto licitado.

A documentação relativa à qualificação técnica, conforme o caso, está prevista no art. 30 da Lei n. 8.666/1993.

> No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato. Súmula TCU 272, de 2/5/2012.
>
> Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado. Súmula TCU 263/2011.

A qualificação técnica pode ser técnico-operacional ou técnico-profissional. A capacidade avaliada nesses quesitos consiste em comprovar, mediante Atestados, que a licitante, como unidade econômica agrupadora de bens e pessoas, já executou, de modo satisfatório, atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, bem como a qualificação dos profissionais que integram os quadros da empresa ou entidade que executarão o objeto licitado. Importante frisar que os atestados devem ser devidamente registrados nas entidades profissionais competentes.

Outro aspecto importante a ser observado pela Administração é o cuidado de se exigir atestado de capacitação técnico-profissional ou técnico-operacional limitado às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto licitado, conforme observou o TCU no Acórdão 1.771/2007 Plenário.

Atestados de capacidade técnica não podem ser exigidos com limitações de: (*i*) tempo: exigência de prazo de validade. Por exemplo, datado dos últimos dez anos e dez dias; (*ii*) época: exigência de que o objeto tenha sido executado em determinado período de tempo, a não ser quando a tecnologia a ser adotada só se tornou disponível a partir do período indicado. Por exemplo, o prédio será construído com parede pré-moldada ou concreto de elevado desempenho, não

disponíveis antes; (*iii*) locais específicos: exigência de que o objeto tenha sido executado em determinado local.

Poderá ser exigida, no quesito qualificação técnica, quando for o caso, comprovação de que o licitante tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações relativas ao objeto licitado. Dá-se o nome a isso de vistoria ou visita técnica. Nessa hipótese, o edital deve disciplinar a forma de fazê-la, a exemplo de inserção de condições que estabeleçam prazo, data, horário, endereço etc.

Qualificação econômico-financeira

Objetiva verificar a boa situação financeira do licitante, a fim de que o vencedor do certame possa executar satisfatoriamente o objeto certame. A documentação relativa à qualificação técnica, conforme o caso está prevista no art. 31 da Lei n. 8.666/1993.

É permitido, a critério da Administração, exigir prestação de garantia para participação em licitações públicas, desde que prevista no ato convocatório. Não pode o valor dessa garantia exceder 1% do custo estimado da contratação.

Dispensa de Documentação

A Lei n. 8.666/1993 previu, em seu artigo 32, § 1º, a possibilidade de dispensa, em parte, da documentação exigida para habilitação dos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão. Tal discricionariedade deve ser usada cautelosamente, somente nos casos em que a exigência de tais documentos realmente for desnecessária.

Registro Cadastral

Para dar celeridade ao processo licitatório, órgãos e entidades da Administração Pública que promovem licitações com frequência devem manter registros cadastrais para efeito de habilitação de licitantes interessados que desejarem fazê-lo, conforme art. 34, da Lei de Licitações, na forma regulamentar, válido por, no máximo, um ano. Deve-se ressaltar que o

licitante interessado em participar de licitações públicas não está obrigado a fazer registro cadastral no órgão ou na entidade que realiza procedimentos licitatórios.

A Administração deve dar ampla divulgação e estar permanentemente à disposição dos interessados no registro cadastral. A unidade responsável pelo cadastro deve realizar o chamamento público para a atualização dos registros existentes e para o ingresso de novos interessados, devendo ser feito, no mínimo, anualmente na imprensa oficial e em jornal diário. Para a inscrição no cadastro, ou atualização, o interessado deve fornecer os elementos necessários à satisfação das exigências de habilitação previstas na Lei n. 8.666/1993.

Finalizado o cadastro, será fornecido certificado aos inscritos, renovável sempre que atualizarem o registro. A grande vantagem do registro cadastral reside no fato de o Certificado de registro poder substituir os documentos de habilitação quanto às informações disponibilizadas em sistema informatizado. Além disso, outra vantagem reside no fato de que unidades administrativas podem se utilizar de registros cadastrais de outros órgãos ou entidades da Administração Pública.

O registro do inscrito que deixar de cumprir as exigências de habilitação previstas na Lei n. 8.666/1993, ou as estabelecidas para classificação cadastral, poderá, a qualquer tempo, ser alterado, suspenso ou cancelado.

Quando o certificado de registro cadastral for utilizado para substituir documentos de habilitação, o licitante cadastrado tem a obrigação de informar à Administração, por meio de declaração de fato impeditivo, a superveniência de qualquer fato que o impeça de se habilitar a participar de licitações públicas.

No âmbito da esfera federal, foi criado o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (Sicaf). O acesso é feito pelo endereço www.comprasnet.gov.br e viabiliza o cadastramento de fornecedores de materiais e serviços para órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, no âmbito do Sistema de Serviços Gerais (SISG).

Feito o registro no Sicaf, o fornecedor estará cadastrado perante qualquer órgão ou entidade integrante do SISG, em todo o território nacional, independentemente do local onde tenha ocorrido o cadastramento e é realizado sem ônus, em qualquer Unidade Cadastradora (UASG) localizada nas diversas unidades da federação.

É obrigatório o cadastramento prévio em certames na modalidade tomada de preços.

JULGAMENTO DA LICITAÇÃO

Na data e no local definidos no ato convocatório, os licitantes interessados em participar do certame comparecem perante a Comissão de Licitação para apresentar os envelopes, tanto de habilitação (se for o caso), como de proposta técnica e de preços.

A Comissão de Licitação dará início à sessão pública de recebimento, abertura dos envelopes e análise dos documentos neles inseridos. Os principais procedimentos que devem ser observados para processar e julgar a licitação serão apresentados a seguir, detalhados nos arts. 43 a 45, da Lei n. 8.666/1993.

Exame dos Documentos de Habilitação

A comissão de licitação examinará os documentos de habilitação apresentados para efeito de habilitação dos licitantes, à luz das exigências previstas no ato convocatório. Após exames e eventuais esclarecimentos junto aos licitantes, a comissão registrará a decisão sobre habilitação. Serão desqualificados os documentos que não atenderem às condições previamente estabelecidas, com o devido registro na ata de julgamento.

Na modalidade pregão presencial, o regulamento federal assegurou ao licitante cadastrado o direito de atualizar e regularizar a documentação apresentada para efeito de habilitação no momento da sessão pública de abertura dos envelopes. Em concorrência, tomada de preços e convite, a

inabilitação do licitante importa preclusão do direito de participar da fase subsequente, ou seja, de continuar participando da licitação.

No pregão, como há inversão de fases, o detentor de proposta desclassificada fica impedido de participar da fase de lances e de prosseguir no certame.

Caso todos os licitantes forem inabilitados, poderá ser fixado o prazo de oito dias úteis para a apresentação de novos documentos livres dos fatores que levaram à inabilitação. Na hipótese de convite, é permitida a redução desse prazo para três dias úteis. Nesse caso, deverão ser exigidos para reapresentação apenas os documentos desqualificados e não aceitos.

Julgamento das Propostas

Finalizada a etapa de habilitação, após o término do prazo para interposição de recursos pelos licitantes ou após o julgamento dos que foram interpostos, a Comissão dará início ao trabalho de abertura dos envelopes contendo as propostas dos habilitados. O julgamento das propostas está vinculado aos critérios previstos no ato convocatório e deve observar os princípios da transparência e da objetividade estabelecidos na Lei de Licitações. Eventuais manifestações denunciando irregularidades nas propostas dos concorrentes serão avaliadas e registradas em Ata pela comissão.

O exame das propostas poderá ser ato privado da comissão. Ficará a cargo da comissão a decisão sobre a forma que fará o julgamento. No julgamento das propostas, a comissão promoverá a comparação com os requisitos previstos no 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, e deve ser registrado na ata de julgamento.

Importantíssima a verificação da ocorrência de subpreços ou sobrepreços, de modo a evitar possíveis distorções dos preços unitários ofertados, especialmente em licitação ou contrato, sob o regime de empreitada por preço global. Essa verificação poderá impedir, quando da necessidade de futuros acréscimos contratuais, especialmente em obras e serviços, o chamado jogo de planilha, que invariavelmente leva a possíveis aditamentos indevidos

ao contrato e superfaturamento do objeto contratado. Essa prática caracteriza-se pela cotação de altos preços para itens que o licitante sabe que serão alterados para mais, isto é, acrescidos nos quantitativos, e de baixos preços para aqueles que não serão executados ou reduzidos. De maneira geral, pode-se afirmar que o jogo de planilha tem origem principalmente em projeto básico falho e insuficiente. Esse tipo de situação tem ocorrido principalmente em licitações de obras e serviços de engenharia, em que proposta com valor global baixo torna-se vencedora da competição.

Ao final, após exame de conformidade das propostas com as exigências do ato convocatório, serão desclassificadas as propostas que: (*i*) não atenderem às exigências contidas na licitação; (*ii*) apresentarem preços excessivos ou com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis.

Sobre preços inexequíveis, existe um critério matemático para análise dos preços ofertados previsto no art. 48 da Lei n. 8.666/1993. Pela natureza deste curso, tal método não será detalhado neste curso. Recomenda-se, caso haja interesse, a leitura da Decisão 1.713/2002 Plenário.

À época do julgamento das propostas, a comissão deverá levar em conta se os valores ofertados estão compatíveis com a realidade do mercado naquele momento, pois a estimativa feita pela Administração pode estar desatualizada. A comissão deverá verificar se nos preços cotados, o licitante deduziu quaisquer descontos que venham a ser concedidos e se incluiu todos os impostos, taxas, fretes e demais despesas decorrentes de fornecimento de bem, execução de obra ou prestação de serviço.

Caso haja participação de cooperativas, a comissão deverá acrescer 15% sobre o valor de proposta apresentada, quando do julgamento das propostas, em virtude do recolhimento obrigatório que a Administração deverá fazer a título de contribuição previdenciária ao INSS a cargo do contratante, conforme dispõe o art. 22, inciso IV, da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991. O objetivo desse procedimento é verificar se a proposta é a mais vantajosa para a Administração e uma forma de garantir a aplicação do princípio da isonomia entre os licitantes.

A comissão deve estar muito atenta para a presença nas propostas de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, subjetivo ou reservado que possa, ainda que indiretamente, afastar o princípio da igualdade entre os licitantes. Tal fato é vedado, pois a proposta contendo tais elementos ferir o princípio da isonomia, por mais vantajosa que seja para a Administração. Para exemplificar, são proibidas propostas contendo: (i) oferta de vantagem não prevista na licitação, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido; (ii) preço ou vantagem com base nas ofertas dos demais licitantes; (iii) preços global ou unitário simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, mesmo que a licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais renuncie à parcela ou à totalidade da remuneração.

A comissão deve estar atenta ao prescrito na Lei Complementar 123/2006, que estabelece critérios de desempate em benefício de microempresas, empresa de pequeno porte e cooperativas. O art. 44 da Lei Complementar n. 123/2006 define empate, para fins de licitação como as situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até dez por cento superiores à proposta mais bem classificada. No caso de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1o deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

Assim, de acordo com o art. 45 da referida Lei, ocorrendo o empate, nos termos supramencionados, a microempresa ou empresa de pequeno porte poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado. Ocorrendo empate entre estes tipos e empresas, será realizado sorteio.

Caso haja equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte, que se encontrem nos intervalos acima descritos, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

Recomenda-se a leitura do Decreto Federal n. 6.204/2007, que regulamenta o assunto, bem como a Lei Federal n. 11.488/2007, que estendeu os efeitos da Lei Complementar n. 123/2006 às cooperativas. De acordo com o art.48, § 3º, da Lei n. 8.666/1993, 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 a apresentação de nova documentação ou de outras propostas sem as causas que motivaram o ato. No caso de convite, é facultada a redução deste prazo para três dias úteis. Veja-se o Acórdão 604/2009 Plenário:

> A desclassificação de elevado número de licitantes em razão de critério pouco relevante é medida de excessivo rigor formal, que fere o princípio da razoabilidade e restringe o caráter competitivo da licitação.

Abstenha-se de efetuar desclassificação direta de licitantes pela apresentação de propostas que contenham preços considerados inexequíveis, sem que antes lhes seja facultada oportunidade de apresentar justificativas para os valores ofertados.

PRAZO DE VALIDADE DAS PROPOSTAS

Importante item a ser verificado pela comissão são os prazos de validade das propostas, definido no art. 64, § 3º, da Lei n. 8.666/1993: (*i*) concorrência, tomada de preços ou convite: 60 dias; e (*ii*) pregão: 60 dias, se outro, maior ou menor, não estiver fixado no edital. Se, por motivo de força maior, a adjudicação, que será mais bem explicada adiante, não puder ocorrer dentro do período de validade da proposta vencedora, e caso persista o interesse no objeto licitado, a Administração poderá solicitar ao licitante a prorrogação dessa validade.

A prorrogação de prazo de propostas será válida somente se com a aceitação expressa do licitante e devidamente documentada nos autos. Caso expire o prazo de validade da proposta, contado da data prevista para abertura dos envelopes, sem solicitação pela Administração para prorrogação da validade ou convocação para assinatura do termo contratual ou re-

cebimento de documento equivalente, ficam os concorrentes liberados dos compromissos assumidos.

Homologação e Adjudicação

Finalizado o ato de classificação dos interessados e exaurida a etapa dos recursos cabíveis, os autos serão submetidos à autoridade competente, que promoverá a homologação do objeto da licitação e a adjudicação, quando, então, o licitante vencedor será chamado para celebrar contrato com a administração, nos termos como ficou definido no Edital de licitação.

A homologação é ato de controle praticado indelegavelmente pela autoridade superior que ratifica a legalidade de todo o procedimento licitatório e os aprova para que produzam os efeitos jurídicos necessários.

A adjudicação é ato pelo qual a Administração atribui ao licitante vencedor o objeto da licitação. Pode ser delegado pela autoridade competente modalidades concorrência, tomada de preços e convite.

No entanto, caso haja recurso contra atos do pregoeiro, caberá à autoridade competente a adjudicação e homologação, após o deferimento ou indeferimento do recurso interposto e divulgação do resultado. Se houver delegação de competência para adjudicação de certames, a homologação realizada por autoridade competente sempre ocorrerá posteriormente à adjudicação, com forma de garantia do controle exercido pela autoridade superior.

Por outo lado, caso a autoridade superior homologue e adjudique, pela definição e pela lógica de cada uma dessas etapas, a homologação ocorre primeiro e a adjudicação posteriormente.

Importante se ressaltar que, ao receber o processo para homologação, a autoridade competente poderá adotar as seguintes medidas: (i) promover o saneamento do processo, caso detecte algum defeito ou vício; (ii) providenciar a homologação e posterior adjudicação do objeto; (iii) efetuar o exame de conveniência e oportunidade da contratação, sob a ótica objetiva das regras editalícias, e revogar o certame por meio do devido processo legal, se for o caso, em razão de fato superveniente, devidamente comprovado,

pertinente e suficiente para justificar tal conduta; e, (iv) anular o certame, caso se constate a ocorrência de vício insanável.

A Adjudicação e homologação não garantem ao vencedor o direito à execução do objeto. Esses atos geram apenas expectativa de direito, que somente serão confirmados com assinatura do contrato. Caso haja revogação ou anulação, deve-se assegurar ao licitante vista dos autos, direito ao contraditório e à ampla defesa. Anular o procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar o contratado. Concluída a homologação da licitação pela autoridade competente e adjudicado o objeto, o vencedor do certame será convocado para assinar o contrato, no prazo estabelecido no ato convocatório. As características do contrato administrativo serão vistas em outro módulo deste curso.

Nesse momento, encerra-se o procedimento licitatório, conforme jurisprudência do STJ (Resp 579.043/PR). No momento da convocação para assinatura do contrato, o adjudicatário poderá se recusar a firmar o contrato, podendo sofrer sanções por isso. Nessa hipótese, o art. 64, § 2º, da Lei n. 8.666/1993, facultou à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para apresentar propostas, em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto aos preços atualizados de conformidade com o ato convocatório, ou revogar a licitação independentemente da cominação prevista no art. 81 desta Lei.

Contratação Direta

Apesar de a Constituição Federal definir a licitação como regra, há certas situações expressamente previstas na Lei 8.666/1993, nas quais se permite a contratação direta de prestadores de serviços, bens e obras. Diz-se, nesse caso, que a licitação é dispensável (art. 24), dispensada (art. 17) ou inexigível (art. 25). O gestor público deve ter cautela ao se decidir pela contratação direta, pois a Lei n. 8.666/1993 prevê com ilícito penal dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses consideradas legais.

De modo geral, a licitação é dispensada nos casos de alienação de bens móveis e imóveis pela Administração. Como este aspecto não está no

escopo do curso, deixa-se de apresentar maiores detalhes. Já na licitação dispensável, a lei enumera os casos em que o procedimento é possível, mas não obrigatório, em razão de outros princípios que regem a atividade administrativa, notadamente o princípio da eficiência. Nos casos de inexigibilidade de licitação, a lei previu situações em que a competição entre os licitantes não é viável, devido à singularidade do objeto que se pretende contratar; ou da existência de um único fornecedor apto.

A Administração é obrigada a obter no mercado do objeto da contratação, no mínimo, três orçamentos, nos casos em que houver concorrentes.

LICITAÇÃO DISPENSÁVEL

A licitação será dispensável quando não for obrigatória a utilização de qualquer uma das modalidades licitatórias previstas em lei, mesmo sendo possível a competição. Isso ocorre nos casos que se enquadram em situações relevantes. Esses casos constam do rol do artigo 24, incs. de I a XXXIII da Lei Federal n. 8.666/1993.

É necessária muita atenção quando o gestor optar pela dispensa de licitação, já que todas as possibilidades de aplicação desta forma de contratação estão exaustivamente previstas no artigo 24 da Lei n. 8.666/1993, vedada, portanto, a ampliação das hipóteses pelo aplicador da norma.

Por isso, deve a Administração Pública avaliar caso a caso, a oportunidade e conveniência da contratação sem licitação.

Dispensa em Função do Valor (Incisos I e II)

Quando o valor da contratação não compensa os custos para a Administração com o procedimento licitatório, a Lei n. 8.666/1993, nos incisos I e II do art. 24, dispensa licitação. Nesses casos, o custo do objeto, incluindo estimativa total da compra ou do serviço, não pode ultrapassar 10% do limite previsto para modalidade convite, e correspondem aos seguintes valores: (*i*)

até R$15.000,00, ou R$30.000,00 (nesse caso, para contratação de consórcio público, sociedade de economia mista, empresa pública e autarquias e fundações qualificadas como agências executivas): para obras e serviços de engenharia, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços de natureza idêntica e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente; (*ii*) até R$ 8.000,00, ou R$16.000,00, (nesse caso, para contratação de consórcio público, sociedade de economia mista, empresa pública e autarquias e fundações qualificadas como agências executivas): para compras e outros serviços, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possam ser realizadas de uma só vez.

Licitação Deserta (Inciso V)

Quando não houver interessados no certame, a Administração poderá aplicar o disposto no art. 24, inciso V, da Lei de Licitações, dispensando a licitação desde que os seguintes requisitos sejam atendidos: (*i*) houver licitação anteriormente realizada; (*ii*) estar demostrado a ausência de interessados; (*iii*) potencial risco de prejuízos para Administração, caso o processo licitatório se repita; e, (*iv*) desde que haja manutenção das condições ofertadas no ato convocatório anterior.

Propostas com Preços Superiores aos Praticados no Mercado (Inciso VII)

Outra possibilidade de dispensa são os casos em que os licitantes apresentam propostas com preços manifestamente superiores aos de mercado ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes. Nessa hipótese, algumas medidas devem ser adotadas previamente. Os responsáveis pela licitação devem primeiramente desclassificar todas as propostas e facultar a apresentação de novas ofertas de preço, conforme previsto no art. 48, § 3º, da Lei n. 8.666/1993. Se mesmo assim os preços permanecerem superiores, é admitida adjudicação direta dos bens ou serviços, desde que o valor não seja superior ao da estimativa dos serviços ou do registro de preços.

Aquisição de Bens, Produtos e Serviços de entidade ou órgão que integre a Administração Pública (Inciso VIII)

Indispensável, nessa hipótese, que o órgão ou entidade tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência da Lei n. 8.666/1993 e que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado. Não há, nesse caso, nenhuma restrição quanto às esferas administrativas que celebrariam o contrato, ou seja, um órgão federal poderá aplicar a dispensa em análise para contratar uma entidade estadual, desde que respeitada a exigência de ter sido criada para o fim específico que se almeja.

O gestor deve observar que o presente caso de dispensa não pode ser usado para contratação de empresas estatais atuantes no mercado fornecendo bens, produtos ou serviços de natureza econômica. É o caso, por exemplo, da Petrobras, no fornecimento de combustível. O TCU já se pronunciou em várias situações similares, como no caso abaixo:

As empresas públicas e sociedades de economia mista que se dedicam à exploração de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços sujeitam-se ao regime jurídico das empresas privadas (CF, 173), em consonância com os princípios constitucionais da livre concorrência e da isonomia, e não podem ser contratadas com dispensa de licitação fundamentada no art. 24, inciso VIII, da Lei n. 8.666/1993.

Remanescente de Obra, Serviço ou Fornecimento (Inciso XI)

Hipótese possível de ser aplicada em contratações por dispensa de licitação nos casos em que ocorre rescisão contratual com remanescente de bens a serem fornecidos ou obras e serviços a serem executados. Dessa maneira, pode ser usado nas situações em que um contrato anterior teve sua execução iniciada e interrompida por algum motivo, sem que seu objeto tivesse sido integralmente prestado.

Será permitido à administração convocar os demais participantes da licitação, na ordem de classificação, para verificar o interesse em contratar

o remanescente, em iguais condições às oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido, se for o caso.

Instituição de Pesquisa, Ensino ou Desenvolvimento Institucional, ou Instituição Dedicada à Recuperação Social do Preso (Inciso XIII)

É requisito inafastável para aplicação da presente hipótese de dispensa que a instituição brasileira contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional; tenha como missão regimental a pesquisa, o ensino ou o desenvolvimento institucional, ou instituição dedicada à recuperação social do preso; não tenha fins lucrativos. Por isso, deve ser demonstrado o nexo entre o dispositivo legal em tela, a natureza da instituição e objeto contratado.

Assim, a hipótese de dispensa em análise não pode ser usada, por exemplo, para contratação de fundações de apoio para prestação de serviços dissociados da sua natureza de ensino, pesquisa, extensão ou desenvolvimento institucional, científico e tecnológico, como, por exemplo, serviços de manutenção. Consequência lógica das condicionantes acima é a obrigação de o contratado executar diretamente o objeto, sendo vedada a subcontratação.

A interpretação consolidada no TCU para a expressão "desenvolvimento institucional" está associada a um conceito mais estrito e não pode ser usada em sentido amplo, referindo-se a qualquer atividade que promova melhoria ou aperfeiçoamento das organizações públicas, sob pena de tornar o dispositivo inconstitucional.

Associação de Portadores de Deficiência Física (Inciso XX)

A dispensa, nessa hipótese, é possível desde que os seguintes requisitos estejam presentes: (*i*) objeto da contratação seja fornecimento de mão-de-obra ou prestação de serviços; (*ii*) preço contratado compatível com o de mercado; (*iii*) a associação não tenha fins lucrativos; (*iv*) possua comprovada idoneidade.

Organizações Sociais (Inciso XXIV)

A Lei de Licitações estabeleceu que é dispensável a licitação para celebração de contratos de prestação de serviços com organizações sociais, assim qualificadas no âmbito das respectivas esferas do governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.

Incialmente, as seguintes definições são importantes para o melhor entendimento do tema:

- Organizações sociais (OS): conforme art. 1º, da Lei n. 9.637/1998, pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos na Lei, tais como aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado;

- Contrato de gestão: definido no art. 5º, da Lei n. 9.637/1998 como instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas de atuação da OS, em que se discriminarão atribuições, responsabilidades, obrigações do Poder Público e da organização social, incluindo as metas a serem atingidas.

Os serviços contratados devem necessariamente estar relacionados às atividades contempladas no contrato de gestão celebrado pela entidade.

A dispensa de licitação somente se aplica à organização social qualificada pela mesma esfera de governo do órgão ou entidade contratante.

Para aprofundamento do assunto Organizações Sociais, recomenda-se a leitura da Lei n. 9.637/1998, que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do programa nacional de publicização, a extinção de órgãos e entidades e a absorção de suas atividades por organizações sociais. Ainda sobre o mesmo tema, o Decreto n. 2.487/98, que dispõe sobre a qualificação de autarquias e fundações como agências executivas, estabelece critérios e procedimentos para elaboração, acompanhamento e avaliação dos contratos de gestão e dos planos estra-

tégicos de reestruturação e de desenvolvimento institucional das entidades qualificadas.

Entidades qualificadas como Organizações Sociais ou as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público sujeitam-se ao disposto no § 5º do art. 1º do Decreto n. 5.504/2005, no sentido da obrigatoriedade de utilização de pregão eletrônico, próprio ou particular, relativamente aos recursos que administrarem oriundos de repasses da União, em face dos respectivos contratos de gestão ou termos de parceria.

Inexigibilidade de Licitação

Diz-se que uma licitação é inexigível quando houver apenas determinado objeto ou pessoa que atenda às necessidades da Administração, tornando inviável competição e, portanto, desnecessário o procedimento licitatório.

O art. 25 da Lei de Licitações assim define a inexigibilidade:

> É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:
>
> I – para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita por meio de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;
>
> II – para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;
>
> III – para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

É importante observar a redação deste dispositivo legal no sentido de que o rol descrito no art. 25 da Lei n. 8.666/1993 é apenas exemplificativo das situações de inexigibilidade de licitação. Pode-se dizer, então, que

a hipótese de inexigibilidade pressupõe a presença (concomitante, para o caso de serviços técnicos) dos seguintes requisitos, todos obedecendo aos parâmetros de remuneração de mercado e caracterizada a inviabilidade de competição.

A própria Lei definiu o conceito de notória especialização:

> Art. 25, § 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

A comprovação da notória especialização deve estar cabalmente demonstrada no processo administrativo autuado para a contratação. Ainda em relação à contratação por inexigibilidade de serviços técnicos, deve-se caracterizar também a natureza singular dos serviços, possuindo características únicas que os diferenciam dos demais. Frise-se que a singularidade é do serviço, e não de quem o executa.

O agente público deve observar atentamente regra prevista no art. 26 da Lei n. 8.666/1993 para garantir a validade jurídica da dispensa, da inexigibilidade e do retardamento, que só se efetivam com a ratificação pela autoridade competente, e posterior publicação na imprensa oficial, nos prazos estabelecidos no mencionado artigo.

Em procedimento de inexigibilidade de licitação para contratar a prestação de serviços técnicos especializados, o licitante que apresentar relação do corpo técnico como elemento de justificativa da contratação ficará obrigado a garantir que os indicados realizarão os serviços objeto do contrato.

De acordo com o art. 25, § 2º, da Lei n. 8.666/1993, tanto na inexigibilidade quanto na dispensabilidade de licitação, se for comprovado superfaturamento, respondem solidariamente, pelo dano causado à Fazenda Pública, o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

É indevida a contratação direta, mediante inexigibilidade de licitação, destinada à organização e promoção de licitação na modalidade concurso para escolha de projeto de arquitetura, por estarem ausentes os pressupostos da singularidade, diante de atividade cuja natureza é eminentemente administrativa, e da inviabilidade de competição, em face da pluralidade de entidades capazes de realizá-la de maneira satisfatória. Acórdão 4440/2014 – Primeira Câmara

O conceito de singularidade de que trata o art. 25, inciso II, da Lei n. 8.666/1993 não está vinculado à ideia de unicidade, mas de complexidade e especificidade. Dessa forma, a natureza singular não deve ser compreendida como ausência de pluralidade de sujeitos em condições de executar o objeto, mas sim como uma situação diferenciada e sofisticada a exigir acentuado nível de segurança e cuidado. Acórdão 7840/2013 – Primeira Câmara

É ilegal a especificação de produto/bem, cuja descrição e características correspondam a modelo exclusivo de determinado fabricante, sem que haja justificativas técnicas para tal exigência. Acórdão 2387/2013 – Plenário

O credenciamento, entendido como espécie de inexigibilidade de licitação, é ato administrativo de chamamento público de prestadores de serviços que satisfaçam determinados requisitos, constituindo etapa prévia à contratação, devendo-se oferecer a todos igual oportunidade de se credenciar. A pré-qualificação de profissionais aptos a prestarem determinado serviço pode ser realizada se a competição se tornar inviável, adotando-se sistemática objetiva e imparcial de distribuição dos serviços entre os pré-qualificados. Acórdão 1.150/2013 – Plenário

É possível a utilização do credenciamento para a prestação de serviços privados de saúde no âmbito do SUS ante as suas peculiaridades, que envolvem, entre outras, preço pré-fixado e nível de demanda superior à oferta. Acórdão 1.215/2013 – Plenário.

O patrocínio de causas judiciais admite a contratação direta, por se tratar de serviço técnico relacionado no art. 13 do Estatuto das Licitações, contudo é imperioso demonstrar que o serviço contratado apresenta natureza singular e que será prestado por empresa ou profissionais de notória especialização. O fato de o gestor ter agido com respaldo em pareceres técnicos e/ou jurídicos não elide a

prática do ato irregular, uma vez que a ele cabe, em última instância, decidir sobre a conveniência e oportunidade de praticar atos administrativos, principalmente os concernentes a contratações, que vão gerar pagamentos. Acórdão 669/2012 – Plenário.

CONTROLE

O controle administrativo nas contratações efetuadas pelo Poder Público se materializa de diversas formas e tem como objetivo assegurar a legalidade, legitimidade e economicidade dos atos praticados e a correta aplicação dos recursos públicos, bem como garantir a observância dos princípios norteadores da licitação pública.

Pode-se dividir o controle em duas esferas: (*i*) interno: aquele praticado pelo próprio órgão/entidade de onde se oriunda o ato administrativo, tendo em vista o poder de autotutela da Administração Pública; (*ii*) externo: aquele praticado por agente que não pertence à estrutura administrativa do órgão controlado, como aquele realizado pelo Congresso Nacional e Assembleias Legislativas, com auxílio do Tribunal de Contas da União e dos Tribunais de Contas Estaduais e Municipais, respectivamente; pelo Ministério Público e pela própria sociedade.

O primeiro nível de controle em processos de licitação acontece no âmbito da própria comissão de licitação, responsável pelo planejamento e execução dos procedimentos previstos nas normas que regulam o curso dos certames. O segundo nível de controle pode ser atribuído àqueles órgãos incumbidos legalmente do controle externo, no sentido amplo, como aqueles oriundos do poder legislativo, do Ministério público, e a sociedade, contemplada pela Constituição Federal, art. 74, § 2º, com o direito de participar do controle da Administração Pública.

Dentro dessa ótica, a Lei de 8.666/93 criou importantes instrumentos para a consecução do controle do procedimento de licitação, a saber: (i) impugnação do ato convocatório; (ii) recurso administrativo; (iii) representa-

ção, quando não couber recurso hierárquico; (iv) representação aos tribunais de contas; (v) controle social praticado por qualquer cidadão.

Impugnação ao Ato Convocatório

Instrumento pelo qual qualquer cidadão e/ou o próprio licitante poderão impugnar atos convocatórios devido à irregularidade na aplicação da legislação, podendo gerar a revisão ou supressão de uma condição prevista no Ato Convocatório.

Para o exercício deste direito, a Lei prevê prazos distintos para protocolar a impugnação: (*i*) cidadão: até cinco dias úteis antes da data fixada para abertura dos envelopes de habilitação, tendo a Administração que julgar e responder à impugnação em até três dias úteis contados da data em que foi protocolizado o pedido; (*ii*) licitante: até dois dias úteis antes da data fixada para abertura dos envelopes de habilitação (para concorrência), ou dos envelopes com as propostas(para convites, tomada de preço ou concurso) tendo a Administração que julgar e responder à impugnação em até três dias úteis contados da data em que foi protocolizado o pedido.

No caso dos pregões, qualquer licitante ou cidadão terá prerrogativa legal para solicitar esclarecimentos, providências ou ainda impugnar o ato convocatório da licitação. Nesse caso, o prazo para se protocolizar o pedido é de até dois dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas. No caso específico de pedido de esclarecimentos ou providências no pregão eletrônico, esse prazo será de até três dias úteis.

A decisão do pregoeiro sobre pedido de impugnação deve ser proferida no prazo de até 24 horas. Caso alguma alteração seja acolhida pelo pregoeiro, ou comissão de licitação para as demais modalidades, caberá à Administração comunicar aos eventuais proponentes o acolhimento da impugnação, a divulgação pelo mesmo instrumento de publicação em que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.

Impugnação feita tempestivamente não impedirá o licitante de participar do processo licitatório até o trânsito em julgado da decisão correspondente e não terá efeito de recurso.

A resposta da Administração a pedido de esclarecimento comunicada a todos os licitantes é parte vinculante do edital. Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 198.665/RJ.

Quando da necessidade de modificação de editais de pregões eletrônicos, atente-se para a disposição do art. 20 do Decreto n. 5.450, de 2005, explicitando, se for o caso, no site do comprasnet os motivos que levaram a considerar dispensável, em face da formulação das propostas pelas licitantes, a republicação do edital da licitação". TCU, Acórdão 123/2011 – Plenário.

Exemplo de multa aplicada a pregoeiro em decorrência de irregularidade em pregão eletrônico: "9.4.1. efetivação de pelo menos 4 (quatro) retificações importantes no edital do pregão, conforme transferências de editais realizadas no Comprasnet, ao passo que somente teria sido comprovada a publicação no DOU da primeira versão, bem como não terem sido adotadas outras medidas visando dar publicidade às alterações, de modo que os licitantes que já haviam retirado o edital eletronicamente fossem informados sobre as alterações e, também, não ter sido reaberto o prazo de 8 (oito) dias úteis para a apresentação das propostas, previsto no art. 4º, inciso V, da Lei 10.520/2002 e no art. 17, § 4º, do Decreto 5.450/2005, conforme estabelecido no art. 20 desse mesmo Decreto e no art. 21, § 4º, da Lei 8.666/1993". TCU, Acórdão 558/2010 – Plenário.

Recursos Administrativos

Tem legitimidade para interpor recurso o interessado em participar, aquele que participa e o contratado. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação da Lei de Licitação cabe o art. 109, da Lei n. 8.666/1993 dispõe dos recursos cabíveis contra os diversos atos praticados ao longo da licitação, materializando a garantia constitucional de ampla defesa. Terá efeito suspensivo os recursos nas hipóteses indicadas nos itens "a" e "b", podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir eficácia suspensiva aos demais recursos.

A forma de interposição de recursos e seus requisitos estão dispostos no art. 60 da Lei n. 9.784/99, sendo dirigido à autoridade superior competente por intermédio de quem praticou o ato recorrido, que poderá reconsiderar sua decisão, no prazo de cinco dias úteis, ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir, devidamente informado, devendo, neste caso, a decisão ser proferida dentro do prazo de cinco) dias úteis, contado do recebimento do recurso, sob pena de responsabilidade. Em situações devidamente justificadas, como a necessidade de obtenção de informações detalhadas sobre determinado aspecto técnico, por exemplo, autoridade superior poderá dilatar esse prazo.

A Lei n. 9.784/99, em seu art. 63, § 2º, prevê que "o não conhecimento do recurso não impede a Administração de rever de ofício o ato ilegal, desde que não ocorrida a preclusão administrativa.

Existe também a possibilidade de que licitantes proponham a impugnação de eventuais recursos interpostos por outros licitantes, nos seguintes prazos: (i) 5 (cinco) dias úteis para tomada de preços e concorrência, contados a partir da data da comunicação da interposição aos demais licitantes; (ii) 2 (dois) dias úteis para convite, contados a partir da data da comunicação da interposição aos demais licitantes; e, (iii) 3 (três) dias para pregão, contados a partir da data do término do prazo que o licitante recorrente tem para apresentar as razões de recorrer.

A Lei previu que os prazos começam a correr a partir da intimação do ato ou da lavratura da ata. Na contagem de prazos, exclui-se o primeiro dia do ato ou de sua divulgação e inclui-se o último como dia de vencimento. O recurso deverá ser comunicado aos demais licitantes.

A intimação dos atos de habilitação ou inabilitação, julgamento das propostas, anulação ou revogação de licitação e rescisão de contrato será feita mediante publicação na imprensa oficial. A exceção a essa regra ocorrerá nos casos de habilitação ou inabilitação de licitante ou de julgamento de propostas nos quais estejam presentes os prepostos dos licitantes no ato em que foi adotada a decisão, quando poderá ser feita por comunicação direta aos interessados e lavrada em ata.

O pregão tem um rito especial quanto ao procedimento para registrar a intenção de interpor recursos: (*i*) pregão presencial: representante legal do licitante, devidamente credenciado, deve estar presente à sessão para declarar verbalmente a intenção de interpor recurso. Falta de manifestação imediata e motivada do licitante nesse sentido, no momento da elaboração da ata, importa decadência do direito de fazê-lo; e (*ii*) pregão eletrônico: intenção de recorrer é registrada em campo próprio do sistema informatizado. Tem o recorrente prazo de três dias para apresentar as razões recursais.

Nenhum prazo de recurso administrativo inicia-se ou corre sem que os autos do processo estejam com vista franqueada ao interessado (art. 109, § 5º, Lei n. 8.666/1993). Se a Administração, por deliberação interna corporis obstaculiza o conhecimento direto do processo, dificultada a ampla defesa, consubstanciado motivo extraordinário, assegura-se a contagem do prazo a partir da franquia. Sem prejuízo da regra geral excluindo o dia do início e incluindo-se o do vencimento (art. 110, Lei ref.). 2. Descogitada a prescrição ou a decadência na via judicial eleita (art. 18, Lei 1.533/1951) e afastada a preclusão na via administrativa, afirmada a tempestividade, edifica-se o direito líquido e certo do administrado recorrer hierarquicamente à autoridade competente, assegurado o processamento e decisão. 3. Segurança concedida. Superior Tribunal de Justiça, MS n. 6.048/DF.

PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO:

Conforme estabelecido no art. 109, inciso III, caberá o referido recurso de decisão de Ministro de Estado, ou Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, na hipótese de aplicação de Declaração de Idoneidade no prazo de 10 (dez) dias úteis de intimação do ato.

Representação

O inciso III, art. 109, da lei de Licitações prevê a possibilidade de representação contra decisão relacionada com o objeto da licitação ou do contrato de que não caiba recurso hierárquico, no prazo de cinco dias úteis da intimação da decisão. Esse recurso seria utilizado para situações não contempladas pelos demais.

Representação aos Tribunais de Contas

O art. 113 da Lei de Licitações criou a possibilidade de que qualquer licitante, contratado, pessoa física ou jurídica possa representar junto ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação da Lei, para controle de despesas decorrentes de contratos e demais instrumentos regidos pela Lei.

O art. 74, § 2º, da Constituição Federal prevê que:

> Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

Além disso, o art. 127 da Constituição Federal dispõe sobre as atribuições do Ministério Público. O que definirá a competência legal para os tribunais de contas atuarem, TCU, Tribunal de Contas Estadual ou Municipal, se for o caso, será a origem dos recursos. Por prerrogativa constitucional, sempre que houver a utilização de recursos federais, mesmo parcialmente, o TCU terá legitimidade para examinar editais publicados, fiscalizar procedimentos de licitação e expedir medidas cautelares com vistas a prevenir danos ao erário e a garantir eficácia das decisões expedidas, entre outras atribuições.

Sanções

Os normativos que regulam os procedimentos de licitação previram a possibilidade de aplicação de sanções administrativas, tanto aos licitantes e contratados, quanto aos agentes da Administração Pública, caso pratiquem atos em dissonância com a Lei ou causem prejuízo ao erário.

Na Lei de Licitações, esse assunto é tratado no capítulo IV, artigos 81 a 108. Na lei dos pregões, Lei 10.520/2002, no art. 7º. No Decreto 5.450/2005, que regulamenta o pregão, na forma eletrônica, no art. 28. E na Lei 12.846/2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

As sanções podem ser de várias naturezas: cíveis; penais; e administrativas. As sanções penais não serão detalhadas neste módulo. No entanto, é importante saber que a Lei considera como crime e prevê penas de detenção para licitantes e gestores públicos que, exemplificativamente: (*i*) beneficiarem-se de dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público; (*ii*) frustrarem ou fraudarem, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação; (*iii*) patrocinarem, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário.

Importante se ressaltar que as infrações penais previstas na Lei n. 8.666/1993 se aplicam às licitações e aos contratos celebrados pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios, bem como nas entidades da Administração Indireta vinculadas. A aplicação e registro das sanções devem ser realizados pelos órgãos e autoridades que detém competência para fazê-lo.

O objetivo das sanções administrativas em licitações e contratos é reprovar condutas praticadas pelo sancionado, desestimular a sua reincidência, e, dessa forma potencialmente prevenir futura prática similar pelos demais licitantes e contratados.

Assim, as sanções podem ter caráter preventivo, educativo, repressivo ou visar à reparação de danos pelos responsáveis que causem prejuízos ao erário, concretizando o poder-dever da Administração em reprimir, impedir ou minimizar os danos causados pelos licitantes e contratados que descumprem suas obrigações.

SANÇÕES APLICÁVEIS AOS LICITANTES

No que se refere às sanções aplicáveis aos licitantes, pode-se elencar as seguintes: (*i*) penalidades legalmente estabelecidas, no caso da recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou re-

tirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pela Administração, caracterizando o descumprimento total da obrigação assumida (art. 81), com a exceção prevista no art. 64, § 2º da Lei ; (ii) suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a dois anos; (iii) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no item anterior;

As duas últimas sanções se aplicam nas seguintes hipóteses: (*i*) práticas de atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação; (*ii*) demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados; (*iii*) nos pregões, licitante que, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a união, Estados, Distrito Federal ou municípios e, será descredenciado no SICAF, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º da Lei 10.520/02, pelo prazo de até cinco anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

SANÇÕES APLICÁVEIS AOS AGENTES ADMINISTRATIVOS

No que se refere às sanções aplicáveis aos agentes administrativos, que praticarem atos em desacordo com os preceitos da Lei, ou visando a frustrar os objetivos da licitação, sujeitam-se às sanções previstas na Lei de Licitações e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar, como exemplo aqueles que cometerem os crimes definidos na Lei, ainda que simplesmente tentados, ficarão sujei-

tos, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo.

A jurisprudência do TCU considera que:

> ...] a interpretação de que as sanções previstas no art. 7º aplicam-se em qualquer fase do certame é a que melhor se coaduna com a jurisprudência deste Tribunal". Segundo a Relatora, a ausência de penalidades deixaria de coibir práticas ilegais frequentemente observadas, a exemplo da denominada "coelho", em que uma empresa apresenta "proposta excessivamente baixa em um processo licitatório para que outras empresas desistam de competir, por acreditarem que o outro concorrente teria um preço que não lhes permitiriam prosseguir na disputa. Na sequência, uma empresa que esteja em conluio com o 'coelho' oferece o segundo melhor lance e, com a desclassificação intencional da primeira, acaba sendo contratada por um valor que possivelmente poderia ser superior àquele que seria obtido sem a influência do "coelho"." TCU, Acórdão 754/2015, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, j. em 08.04.2015.

CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TREINAMENTO E APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL

Nesse capítulo, apresentam-se aspectos básicos a serem observados pelos agentes públicos quando necessitarem contratar serviço de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, para auxílio na identificação da modalidade de licitação correta para a implementação de projetos de educação permanente.

As orientações aqui apresentadas se baseiam, em parte, no texto produzido por Luiz Cláudio de Azevedo Chaves, intitulado "Contratação de serviços de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal: caso de licitação, dispensa ou inexigibilidade?", publicado na Coluna Jurídica JML.

Dependendo da natureza do treinamento que se deseja contratar, como nos casos em que houver concorrentes e se o método empregado supere o docente no atingimento dos objetivos pretendidos, por exemplo, o gestor público deverá licitar para seleção e contratação de serviços de treinamento.

Por outro lado, ocorrerão situações em que o gestor público poderá contratar serviços de capacitação diretamente, desde que presentes os pressupostos vistos nos capítulos anteriores deste material, os quais serão revistos agora, de maneira mais específica e direcionada ao tema em análise.

Apresenta-se, inicialmente, algumas considerações sobre a natureza dos serviços de treinamento. A seguir, os principais aspectos a se observar quando do uso da dispensa e da inexigibilidade de licitação para contratação de treinamentos.

Natureza do Serviço

O art. 13, VI, da Lei de Licitações define como serviço técnico especializado ações de treinamento, podendo-se estender tal conceito a todas as ações de educação, em todos os níveis, tais como treinamento, aperfeiçoamento, desenvolvimento, capacitação, ensino, assim como a contratação de professores, instrutores e conferencistas quando chamados por via direta (pessoa física); contratação de cursos de extensão (curta ou longa duração), de graduação ou de pós-graduação na forma" in companha"; inscrição em cursos de extensão, de graduação ou de pós-graduação abertos a terceiros na forma presencial ou no sistema à distância – EAD.

Dito isso, devemos refletir sobre quais seriam as características intrínsecas dos serviços de treinamento e que as tornam tão peculiares frente aos demais serviços técnicos especializados previstos no mencionado artigo 13.

Todos sabemos, por experiência própria, que as aulas sobre assuntos idênticos sempre serão diferentes, seja na condução, no conteúdo, na forma de exposição, na abordagem adotada, no método pedagógico, nos recursos tecnológicos empregados.

Assim, tendo em mente as características mencionadas, podemos dizer com convicção que dois cursos sobre o mesmo assunto, ministrados por profissionais distintos, nunca serão iguais. Veremos a seguir as consequências disso no que se refere à forma de contratação dos serviços de capacitação.

Essa reflexão sobre a natureza dos serviços de treinamento se entende também para cursos no sistema de ensino à distância (EAD), onde o uso da tecnologia da informação e de programas de computador é essencial. Pode-se imaginar que, em função disso, estaríamos diante de cursos padronizados e, portanto sempre licitáveis. Tal fato não ocorrerá, desde que o núcleo do curso de EAD seja o conteúdo e não o recurso tecnológico em si, pois o trabalho intelectual do professor-conteudista e do tutor estão presentes, e, com ele, método, didática, experiência e visão científica pessoais. Ou seja, o serviço de EAD será único, desde que a intervenção do Professor-Conteudista e o do Tutor supere o método empregado.

A CONTRATAÇÃO DIRETA

Devido às suas características, cada aula, é, em si, única, singular, peculiar. Diante disso, teria o gestor público condições técnicas de contratar tais serviços sem licitação?

A resposta a essa indagação é dada pelo jurista Antônio Carlos Cintra do Amaral:

> "A administração não pode realizar licitação para treinamento, porque os profissionais e empresas são incomparáveis. Não há, portanto, viabilidade de competição. A adoção do tipo de licitação de "menor preço" conduz, na maioria dos casos, à obtenção de qualidade inadequada. A de "melhor técnica" e a de "técnica e preço" são inviáveis, porque não se pode cogitar, no caso de apresentação de proposta técnica. A proposta técnica seria, a rigor, o programa e a metodologia, de pouca ou de nenhuma diferenciação. O êxito do treinamento depende, basicamente, dos instrutores ou docentes. Que são incomparáveis, singulares, o que torna inviável a competição." (Ato Administrativo, Licitações e Contratos Administrativos, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 111)

Dessa maneira, o gestor público poderá utilizar duas formas de executar a contratação direta: dispensa de licitação, com base no art. 24, XIII; ou inexigibilidade prevista no art. 25, II.

DISPENSA DE LICITAÇÃO

O uso do inciso XIII, do art. 24, da Lei de Licitações para contratação de serviços de treinamento, é possível. Mas algumas condições devem ser satisfeitas, conforme visto anteriormente no capítulo sobre dispensa. Caso gestor necessite utilizar essa forma de contratação, importante que observe os aspectos mencionados, que podem ser ilustrados na súmula abaixo do Tribunal de Contas da União:

> Súmula TCU N. 250: A contratação de instituição sem fins lucrativos, com dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei n.º 8.666/93, somente é admitida nas hipóteses em que houver nexo efetivo entre o mencionado dispositivo, a natureza da instituição e o objeto contratado, além de comprovada a compatibilidade com os preços de mercado.

No mesmo sentido, o Relatório do Relator no Acórdão-TCU-Plenário 657/1997 (item 5.2.1):

> A nosso ver, o propósito do art. 24, inc. XIII, do Estatuto é estimular as instituições que menciona, favorecendo-lhes a obtenção de contratos com o serviço público como forma de ajudar-lhes no seu autocusteio. Com isso, o Estado estará estimulando, em cumprimento aos mandamentos constitucionais, ainda, que por via indireta, as ações voltadas para o ensino, a pesquisa e o desenvolvimento institucional. Nesse sentido, pouco importa o objeto específico da contratação, desde que seja compatível com os objetivos sociais da instituição contratada e possa ser satisfatoriamente prestado com sua própria estrutura.

Ainda em relação ao uso do inciso XIII, do art. 24, o Acórdão-TCU-2ª Câmara 887/2010 observa que:

> A contratação decorrente da referida norma não está orientada pela maior vantagem econômica do Estado, de forma que os preços não serão determinantes na escolha, desde que sejam demonstrados e não se revelem excessivamente dissonantes em relação ao mercado.

Se a contratação direta ocorrer com fundamento no inciso XIII, do art. 24, da Lei de Licitação, é inadmissível a subcontratação, ainda que parcial, dos serviços contratados, conforme jurisprudência pacífica no TCU e ilustrada no Voto do Relator do Acórdão 950/2010-Plenário, TC-016.499/2006-5:

> [...] pacífico o entendimento de que, quando da contratação direta prevista no referido dispositivo, deve restar comprovada a capacidade de execução do objeto contratual

com estrutura própria e de acordo com as competências da contratada, sendo inadmissível, nesses casos, a subcontratação, ainda que parcial, dos serviços contratados.

INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Como visto no capítulo sobre contratação direta, a diferença básica entre as duas hipóteses é que na inexigibilidade não existe possibilidade de competição e na dispensa a competição é viável, podendo haver licitação, porém diante das circunstâncias peculiares a Lei facultou alguns cenários em que a licitação poderá ser dispensada, ficando a decisão na competência discricionária da Administração. Viu-se também que o art. 25, II, do Estatuto das Licitações prevê as seguintes condições para uso dessa hipótese, a saber: (i) para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 da Lei; (ii) natureza singular do serviço; (iii) profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação.

> SÚMULA TCU 252: Inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei n. 8.666/1993, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado.

Do que já se falou até o momento, pode-se afirmar que serviços de capacitação se inserem no rol enumerado pelo art. 13 da Lei, satisfazendo, dessa forma, o primeiro requisito. Sobre o segundo requisito, a presença da natureza singular do serviço dependerá da constatação da existência das características enumeradas no subtítulo anterior Natureza do Serviço. Assim, o serviço será singular se o núcleo do seu objeto for a efetividade da aula, que por ser uma atividade humana intelectual e, portanto, não mecânica, é incomparável. Além disso, é preciso que a intervenção dos docentes seja determinante para a obtenção dos resultados pretendidos, e não o método. A singularidade não é a falta de pluralidade de profissionais ou empresas para exercer determinada função e sim de características especiais do serviço em si.

O último pressuposto para enquadramento da inexigibilidade como processo legítimo para contratação dos serviços de treinamento é a notória especialização do profissional ou empresa, também já discutida anteriormente neste curso. Lembrando que a própria Lei define esse termo no art. 25, § 1º, com sendo o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. A notoriedade comprova-se pelo conhecimento da alta capacidade do profissional ou da empresa que possuam currículo satisfatório diante da necessidade da Administração.

Geralmente a Administração terá conhecimento de alguns profissionais de elevada qualificação ou empresas aptos para tal realização. A Administração possui alguma margem de discricionariedade para escolher quem mais lhe parecer adequada. E torna-se fundamental que esta discricionariedade se alinhe a com a necessidade administrativa.

É imperioso que os requisitos que caracterizam a inexigibilidade estejam devidamente documentados no processo de contratação, sob pena de anulação do procedimento.

Dessa forma, uma vez preenchidos os requisitos acima mencionados, a Administração não poderá realizar a contratação de empresa especializada em capacitação por meio de licitação, já que os profissionais ou empresas são incomparáveis, inviabilizando a competição. Este inclusive é o posicionamento do TCU sobre o tema:

> [...] considerar que as contratações de professores, conferencistas ou instrutores para ministrar cursos de treinamento ou aperfeiçoamento de pessoal, bem como a inscrição de servidores para participação de cursos abertos a terceiros, enquadram-se na hipótese de inexigibilidade de licitação prevista no inciso II do art. 25, combinado com o inciso VI do art. 13 da Lei n. 8.666/93." Processo TC 000.830/98-4, Decisão 439/1998 – Plenário.

A Súmula TCU 39 traz o seguinte conceito de singularidade:

> A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei n. 8.666/1993.

REFERÊNCIAS

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, [s.d.].

BRASIL. MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. Caderno de Logística, Sanções Administrativas em Licitações e Contratos Versão 1.0. Brasília: [s.n.], setembro de 2014.

____. ____. SECRETARIA DE LOGÍSTICA E TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO. *Instrução normativa n. 02, de 30 de abril de 2008.* Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não.