



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

BRAZ OLIVEIRA TRAVASSOS QUARTO NETTO

EVOLUÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO NO BRASIL:
PREGÃO ELETRÔNICO

SOUSA - PB
2011

BRAZ OLIVEIRA TRAVASSOS QUARTO NETTO

EVOLUÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO NO BRASIL:
PREGÃO ELETRÔNICO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Dr. Márcio Flávio Lins de Albuquerque e Souto.

SOUSA - PB
2011

BRAZ OLIVEIRA TRAVASSOS QUARTO NETTO

INOVAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO NO BRASIL: PREGÃO
ELETRÔNICO

Trabalho monográfico apresentado ao
Curso de Direito do Centro de Ciências
Jurídicas e Sociais da Universidade
Federal de Campina Grande, como
exigência parcial da obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Msc. Márcio Flávio Lins
Souto.

Banca Examinadora:

Data da Aprovação: __/__/__

Professor Msc. Márcio Flávio Lins Souto
Orientador

Examinador

Examinador

SOUSA

2011

Ao Eterno Deus, fonte de vida. A Sarah,
minha princesa e filha. A minha esposa
Bela, *uxori deditus*. Aos meus pais,
Travassos e Vanir, torcedores fervoroso
do meu sucesso.

AGRADECIMENTOS

Ao Eterno Deus, a quem sempre peço para iluminar e guiar os meus pensamentos, fazendo com que estes estejam sempre voltados para Ele.

A minha filha Sarah, minha princesa, a quem dedico todos os meus esforços.

A minha esposa, Bela, por todo amor e compreensão dados incondicionalmente ao longo deste caminhar.

Aos meus pais, fiéis patrocinadores da minha educação, torcedores fervorosos do meu sucesso.

Aos meus irmãos, Ibrahim e Ioussef, por todas as aventuras que vivemos e que ainda viveremos juntos.

Ao meu professor e orientador Márcio, pela atenção e dedicação dispensada à produção deste trabalho.

A todos àqueles com quem convivi até hoje e que contribuíram de alguma forma para a concretização deste trabalho.

“Tenha fé no Direito como melhor
instrumento para a convivência humana;
Na Justiça, como destino normal do
Direito; Na Paz, como substitutivo
benevolente da Justiça, e, sobretudo,
tenha fé na Liberdade, sem a qual não há
Direito, nem Justiça, nem Paz”.
(Eduardo Couture – Os mandamentos do
Advogado)

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo estudar as características legais, jurisprudências e doutrinárias das licitações no âmbito da Administração Pública. Deste modo, o presente estudo terá como base a Lei de Licitações, onde está elencado o rol das modalidades de licitações existentes, garantindo assim a fundamentação legal necessária ao estudo mais aprofundado acerca do novo procedimento licitatório, o Pregão Eletrônico. Incorporada ao nosso ordenamento jurídico, a Lei n. 10.520/2002 trouxe para o Processo Licitatório métodos mais dinâmicos aos então existentes, já que os métodos utilizados mostraram-se morosos frente aos seus entraves burocráticos. Sob esta ótica objetiva-se comprovar as vantagens do Pregão Eletrônico no âmbito da Administração Pública, o qual, além de tornar o procedimento licitatório mais célere, trouxe relevantes benefícios para o Poder Público, tendo em vista que a dinâmica competitiva é a grande marca da modalidade licitatória em questão. É oportuno ressaltar que a sua rapidez e importância são expressas através da comprovação da redução de gastos, agilidade no processo de compra, aumento do número de interessados e em consequência, a possibilidade de a Administração Pública escolher os bens ou serviços mais adequados as suas necessidades. Entretanto, para que possa se obter o resultado almejado, qual seja, demonstrar os benefícios do Pregão Eletrônico para o Poder Público quando da contratação de bens ou serviços, locação de bens, ou ainda, aquisição de bens, torna-se imprescindível o estudo das modalidades de licitações, abordando seus princípios norteadores, seus fundamentos legais, suas generalidades e particularidades. Deste modo, será feito o estudo do correspondente procedimento, delineando-se suas modalidades, por fim, abordaremos de forma mais detalhada a modalidade do Pregão Eletrônico. O objetivo primordial do presente trabalho é a realização de um estudo detalhado sobre a modalidade do Pregão Eletrônico, enfatizando-se as vantagens de sua utilização pela Administração Pública.

Palavras-chaves: Administração Pública, Licitações Públicas. Pregão Eletrônico.

ABSTRACT

This monograph aims to study the characteristics of law, jurisprudence and doctrine of the procurement under Public Administration. Thus, this study will be based on the Bidding Law, where he showed in the list of existing methods of procurement, thereby ensuring the necessary legal foundation to the study most often about the new bidding process, the electronic auction. Built into our legal system, Law 10.520/2002 brought to the bidding process more dynamic methods to then existing, since the methods used were cumbersome bureaucratic obstacles to their front. In this light the objective is to demonstrate the advantages of Electronic Trading in Public Administration, which, besides making the bidding process faster, has brought significant benefits to the Government, given that the competitive dynamics is the very hallmark of bidding modality in question. It is worth highlighting the importance of their speed and are expressed by proving cost-cutting, agility in the buying process, increase the number of participants and, consequently, the possibility of public administration choose the goods or services best suited to your needs . However, in order to obtain the desired result, namely, to demonstrate the benefits of Electronic Auction to the Government when contracting for goods or services, rental property, or even acquisition of goods, it is essential to the study of bidding procedures, addressing its guiding principles, its legal basis, its generalities and particularities. Thus, the study will be made of the corresponding procedure, outlining the arrangements are finally discuss in more detail the mode of Electronic Auction. The primary objective of this work is to conduct a detailed study on the mode of the electronic trading system, emphasizing the advantages of its use by the public.

Keywords: Public Administration, Public Procurement. Electronic Auction.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ab initio – A princípio

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Caput – Cabeça do artigo

Dec. – Decreto

Dec. Lei – Decreto Lei

EC – Emenda Constitucional

Inc. – Inciso

Incs. – Incisos

In verbis – Nestas palavras

N. – Número

MP – Medida Provisória

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. ASPECTOS GERAIS DAS LICITAÇÕES	14
2.1 APONTAMENTOS SOBRE LICITAÇÕES	14
2.2 PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM AS LICITAÇÕES.....	16
2.2.1 Princípio da legalidade.....	18
2.2.2 Princípio da impessoalidade	19
2.2.3 Princípio da moralidade	20
2.2.4 Princípio da publicidade	22
2.2.5 Princípio da eficiência	23
2.2.6 Princípio da supremacia do interesse público.....	24
2.2.7 Princípio da indisponibilidade do interesse público.....	24
2.2.8 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório	25
2.2.9 Princípio do julgamento objetivo	26
2.3 DEFINIÇÕES SOBRE LICITAÇÃO.....	27
2.4 NATUREZA JURÍDICA DA LICITAÇÃO	28
2.5 FINALIDADE E OBJETIVO DA LICITAÇÃO	29
2.5.1 Finalidade da licitação.....	29
2.5.2 Objeto da Licitação	20
2.5.3 Regulamentação legal das licitações.....	31
3. PROCESSO LICITATÓRIO	32
3.1 PONDERAÇÕES INICIAIS	32
3.1.1 Audiência Pública	34
3.2.2 Edital	34
3.3.3 Recebimento da documentação com as propostas	36
3.4.4 Habilitação dos licitantes.....	37

3.5.5 Julgamento das propostas	38
3.6.6 Homologação e adjudicação	39
3.7.7 Anulação e revogação	41
4. AS MODALIDADES DE LICITAÇÃO	42
4.1 CONCORRÊNCIA.....	44
4.2 TOMADA DE PREÇOS.....	45
4.3 CONVITE	46
4.4 CONCURSO	48
4.5 LEILÃO	49
5. PREGÃO ELETRÔNICO	50
5.1 APONTAMENTOS INICIAIS	51
5.2 DEFINIÇÕES E ASPECTOS GERAIS.....	52
5.2.1 Definições	52
5.2.1 Aspectos gerais	53
5.3 BENS E SERVIÇOS COMUNS	54
5.4 AS FASES DO PREGÃO ELETRÔNICO.....	56
5.4.1 A fase interna do Pregão Eletrônico.....	57
5.4.1 A fase externa do Pregão Eletrônico.....	58
6. CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS	62

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho almeja, essencialmente, tecer breves comentários acerca do Pregão Eletrônico como inovação do processo licitatório. Deste modo, é imperativo conhecermos as definições básicas relacionadas à licitação, suas modalidades e aplicabilidade em nosso ordenamento jurídico-administrativo, tornando-se possível compreender os motivos pelos quais a Administração Pública passou a utilizar esta forma de licitação nascida com a Lei n. 10.520/2002.

A Lei n. 8.666/1993 restringe a liberdade do Administrador Público quando da contratação de serviços ou obras, impondo a Administração Pública, o dever de aplicar o procedimento licitatório adequado para cada ocasião.

Tendo em vista o cenário acima descrito, conclui-se que o processo licitatório é o caminho pelo qual, todos aqueles que queiram contratar com a Administração Pública, devem seguir.

Como será visto a seguir, será abordado, mesmo que brevemente, as modalidades licitatórias existente em nosso ordenamento jurídico, sendo enfatizadas as peculiaridades da Modalidade Licitatória denominada de Pregão, subdividida em Pregão Presencial e Pregão Eletrônico. Como base para a pesquisa, serem esboçadas as peculiaridades das modalidades de licitação instituídas pela Lei n. 8666/1993, com o objetivo de fazer um estudo mais detalhado acerca da modalidade licitatória do Pregão Eletrônico, instituído pela Lei n. 10.520/2002.

Deste modo, torna-se imprescindível uma ampla e merecida discussão já que o processo licitatório nacional passa por inovações, paralelamente, a evolução dos meios de comunicação.

A Administração Pública organiza-se e sofisticada a sua estrutura de atuação, onde os meios de comunicação, como a internet, passam a integrá-la. A Emenda Constitucional n. 19 de 4 de junho de 1998, elevou a *status* constitucionais, o princípio da eficiência, ao incluí-lo no artigo 37 da nossa Constituição. Logo, passou a existir a necessidade de adequação dos meios empregados pela Administração Pública ao momento histórico, para que possa o administrador público aplicá-lo na atividade administrativa. Acompanhar a evolução do Direito, as mudanças sociais e tecnológicas, conhecer a realidade brasileira são pressupostos para a compreensão do atual papel da Administração Pública, pois assim como não se organiza uma

administração voltada para uma sociedade abstrata, e sim para um país de determinadas características sociais, políticas, econômicas e culturais, da mesma forma não se pode conceber uma Administração Pública desvinculada das evoluções tecnológicas. Ao reconhecer a importância do papel e atribuições da Administração Pública e conceder-lhe as indispensáveis garantias para o fiel cumprimento de seu mister. O Decreto nº 5.450 de 31 de maio de 2005, em consonância com a Emenda Constitucional n. 19 de 4 de junho de 1998, marcou uma nova etapa na evolução histórica da Administração Pública ao regulamentar o pregão na forma eletrônica.

Por fim, o objetivo do presente trabalho será analisar os posicionamentos, legal, jurisprudencial e doutrinário sobre as modalidades licitatórias na seara da Administração Pública. Para isto, foi necessário solucionar os seguintes problemas: É possível o Poder Público firmar contrato com um particular através de recursos tecnológicos como a Internet? Quais são as exigências para este tipo de contrato? Qual é o procedimento utilizado para a feitura destes contratos?

Serão ressaltadas também, as facilidades ofertadas pelo uso da tecnologia da informação quando aplicada a contratação bens ou serviços, locação de bens, ou ainda a alienação de bens para preencher as lacunas deixadas pelos métodos antigos de contratação do Poder Público com o particular.

O método de abordagem aplicado ao presente trabalho foi o método dedutivo, tendo como justificativa a necessidade de inicialmente fazer uma abordagem de forma mais ampla sobre o tema proposto, feito de modo empírico, onde se buscará através da consulta na legislação pátria pertinente, pesquisa documental em obras doutrinárias especializadas na área jurídico-administrativa, pesquisa nas jurisprudências pátrias de relevância, como as jurisprudências dos nossos Tribunais Superiores, e em especial as jurisprudências do nosso Tribunal de Justiça, bem como a rede mundial de computadores (internet), por ser uma importante ferramenta de pesquisa.

Deste modo, dando mais clareza ao estudo, este trabalho está dividido em seis capítulos, os quais são de extrema importância para compreensão do tema proposto.

No segundo capítulo serão abordados os princípios constitucionais e infraconstitucionais que norteiam o processo licitatório em consonância com os dispositivos da Lei de licitações.

Por sua vez, o terceiro capítulo será destinado ao estudo do procedimento licitatório, abordando, de forma sucinta, a realização da audiência pública; esclarecimentos acerca do edital; bem como, a forma de recepção da documentação, assim como as propostas e; as etapas da habilitação dos licitantes. Do mesmo modo, serão abordadas as formas de escolha das propostas; as ponderações sobre a homologação e adjudicação e, por derradeiro, a apreciação acerca da anulação e revogação do procedimento licitatório.

No quarto capítulo, serão expostas as Modalidades de Licitações existentes em nosso ordenamento jurídico-administrativo. Portanto, trataremos de forma individualizada a respeito de cada uma das modalidades de Licitação elencadas pela Lei n. 8.666/1993.

O quinto capítulo foi destinado a abordagem do âmago do presente trabalho, posto que o quinto capítulo fora dedicado a modalidade de Licitação denominada Pregão, trazido a lúmen pela Lei nº 10.520/2002, direcionando o seu olhar para a modalidade eletrônica.

2 ASPECTOS GERAIS DAS LICITAÇÕES

2.1 APONTAMENTOS SOBRE AS LICITAÇÕES

Dando o devido encadeamento lógico a linha de pensamento exposta na introdução deste trabalho, trataremos, no presente capítulo, sobre as características do processo Licitatório, suas generalidades e princípios.

De modo específico, os princípios que norteiam as licitações serão oportunamente apresentados, bem como, os conceitos relacionados ao tema, sua finalidade e o seu objeto, apresentando a sua fundamentação legal e o seu posicionamento jurisprudencial e doutrinário.

A respeito do conceito de Licitação, disciplina José Afonso da Silva que: "Licitação é um procedimento administrativo destinado a provocar propostas e escolher proponentes de contratos de execução de obras, serviços, compras ou de alienação de bens públicos.[...]" (SILVA, 2008, p.345).

Nesta senda, é imperativo a transcrição dos ensinamentos de Celso Antonio de Mello (2007, p. 503), o qual ao falar sobre a obrigatoriedade da aplicação do procedimento licitatório para a formação do contrato administrativo leciona que:

É a própria Constituição que impõe, no art. 37, XXI, cujos termos são os seguintes: "ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações". Tal dispositivo contém comandos que, como ao diante se verá, introduzem importantes balizamentos a quaisquer normas infraconstitucionais que regulem licitação e contratos administrativos no País.

Do mesmo modo temos as lições de José Afonso da Silva (2008, p.345), que ao comentar sobre o art. 37, inc. XXI, da CF/88 assevera:

O art. 37, XXI, como nele se lê, alberga o princípio, "ressalvados os casos específicos na legislação". O texto é importante, porque, ao mesmo tempo

em que afirma o princípio da licitação, prevê a possibilidade legal de exceções, ou seja, autoriza que a legislação especifique casos para os quais o princípio fica afastado, como são as hipóteses de dispensa e também inexigibilidade de licitação, embora esta não seja exceção à regra, visto que é algo fora do processo licitatório. A dispensa, sim, se insere no processo, por isso é que sua existência depende da previsão expressa no mesmo nível da previsão do princípio. [...].

No tocante a questão de as Licitações possuírem princípios próprios, José Afonso da Silva (2008, p.345) ensina que:

[...]. O princípio da licitação significa que essas contratações ficam sujeitas, como regra, ao procedimento de seleção de propostas mais vantajosas para a Administração Pública. Constitui um princípio instrumental de realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público.

Deste modo, segunda a doutrina do imortal Hely Lopes Meirelles, Licitação: “[...], o antecedente necessário do contrato administrativo”. (2001, p.263).

Dentro desta perspectiva, temos as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 504), que aduz sobre a exigência de licitação para as concessões e permissões de Serviço Público, conforme determina a nossa Lei Maior em seu art. 175, ao ressaltar que:

Esta mesma exigência é reiterada especificamente para as concessões e permissões de serviço público no art. 175, o qual se vale, inclusive, de enérgica linguagem, como estabelecer que serão “sempre” precedidas de licitação. É bem de ver que outro tanto se passará no caso das concessões de obras públicas, até mesmo porque o Direito brasileiro, tal como as de serviço, são consideradas “contratos”. Por isto, umas e outras já se encontram genericamente abrangidas pelo art. 37, XXI.

Desta forma, torna-se necessário a transcrição do art. 37, inc. XXI da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 37, [...]. XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Segundo a inteligência do artigo supracitado o contrato administrativo tem como exigência a existência de prévia licitação, no entanto, existem algumas ressalvas, sobre este tema, socorremos as lições de Hely Lopes Meirelles, para o qual a licitação: “[...], só dispensada, dispensável ou inexigível nos casos expressamente previstos em lei, e que constitui uma de suas peculiaridades, de caráter externo” (2001, p.268). Fortalecendo este pensamento, Odete Medauar salienta que: “A lei, no entanto, pode prever casos em que a contratação não vem antecedida de licitação, daí denominar-se contratação direta, [...]”. (MEDAUAR, 2008, p. 179).

Apesar disso, sobre a obrigatoriedade de respeito ao dispositivo constitucional em comento, disciplinam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, nesta perspectiva: “O estudo das licitações públicas, atualmente, deve ter por base a análise detalhada da Lei n. 8.666/1993, nossa lei de normas gerais sobre licitações e contratos da Administração Pública, [...]”. (ALEXANDRINO; PAULO, 2008, p. 499).

Sinteticamente, Celso Antonio Bandeira de Mello (2007, p. 505) assevera que:

Destarte, atendem-se três exigências públicas impostergáveis: proteção aos interesses públicos e recursos governamentais – ao se procurar a oferta mais satisfatória; respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade (previstos nos arts. 5º e 37, caput) – pela abertura de disputa de certame; e, finalmente, obediência aos reclamos de probidade administrativa, imposta pelos arts. 37, caput, e 85, V, da Carta Magna brasileira.

Portanto, após o exame a cerca das características gerais sobre as licitações, tratar-se-á agora, de forma individualizada, cada um dos princípios que regem o processo licitatório.

2.2 PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM AS LICITAÇÕES

Com fundamento legal nas diretrizes de nossa Constituição e leis infraconstitucionais que tratam sobre as licitações, o trabalho a partir deste momento, cuidará do estudo dos princípios que regem o processo licitatório.

O estudo de toda matéria deve ter por base a análise de seus princípios já que estes são considerados como a principal fonte de conhecimento sobre o que trata cada matéria.

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2008, p. 187) conceituam os princípios da seguinte forma:

Os princípios são as idéias centrais de um sistema, estabelecendo suas diretrizes e conferindo a ele um sentido lógico, harmonioso e racional, o que possibilita uma adequada compreensão de sua estrutura. Os princípios determinam o alcance e o sentido das regras de um dado subsistema do ordenamento jurídico, balizando a interpretação e a própria produção normativa.

Os princípios basilares que regem toda a Administração Pública estão explicitamente ou implicitamente previstos na nossa Constituição Federal. Algumas leis infraconstitucionais também elencam alguns princípios administrativos, os quais são decorrentes e correlatos aos contidos em nossa Constituição.

Os princípios constitucionais explícitos que regem a Administração Pública, bem como o processo licitatório estão expressos no *caput* do artigo 37 de nossa Constituição Federal, *in verbis*: “Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência” (BRASIL, Constituição 1988).

Além dos princípios constitucionais explícitos existem outros, implícitos, os quais, como dito antes serão abordados mais a frente. O processo licitatório também é regido por alguns princípios infraconstitucionais explícitos e específicos, como aqueles previstos no artigo 3º da Lei nº 8.666/93, exposto anteriormente aqui e que serão tratados mais a frente, são eles: da proibidade administrativa, da vinculação ao instrumento, do julgamento objetivo. É importante ressaltar que os princípios servem de base para o Administrador Público, onde as atitudes destes devem, primordialmente estarem voltadas para a satisfação do interesse público, o que só é obtido através da agregação dos princípios de Direito Administrativo expressos em nossa Constituição e na Legislação extravagante pertinente.

2.2.1 Princípio da legalidade

Com previsão constitucional expressa no artigo 37 de nossa Constituição Federal, o Princípio da legalidade é o princípio fundamental do nosso ordenamento jurídico-administrativo brasileiro. A exposição mais ampla deste princípio encontra-se exposta no inciso II do art. 5º de nossa Constituição, o qual dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Desta forma, para o direito administrativo, a legalidade deve ser entendida como a impossibilidade de a administração pública praticar qualquer ato que não possua expressa dicção legal.

A partir desta afirmativa infere-se que na seara administrativa, a Administração Pública somente pode praticar os atos autorizados por lei. Caso não exista autorização legal que autorize a prática do ato o administrador público está proibido de praticá-lo, e se ainda assim o fizer, o ato será nulo.

No tocante ao conteúdo do princípio da legalidade, disciplina Celso Antonio Bandeira de Mello (2007, p. 511):

Explicitação concreta do princípio da legalidade encontra-se no art. 4º da lei, segundo o qual: “Todos quantos participem de licitações promovidas pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido neste Lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos”. Em rigor, podem alegar tal direito não apenas “todos quantos participem da licitação”, mas todos quantos queiram dela participar e aos quais seja indevidamente negado acesso, por violação dos princípios e normas que devem presidi-la.

Deste modo, o princípio da legalidade baseia-se no postulado de que os atos administrativos relacionados às licitações devem obedecer com exatidão à legislação que os orientam.

Perante este fator imperativo, o processo licitatório será considerado nulo caso ocorra qualquer ilegalidade em quaisquer de suas fases.

Sobre a nulidade do ato praticado pelo administrador público, leciona Hely Lopes Meirelles (2001, p.132):

Ato nulo é o que nasce afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em que seus elementos constitutivos, ou no procedimento formativo. A nulidade pode ser explícita ou virtual. É explícita quando a lei comina expressamente indicando os vícios que lhe dão origem; é virtual quando a invalidade decorre da infringência de princípios específicos do direito público, reconhecidos por interpretação das normas concernentes ao ato. Em qualquer destes casos, porém, o ato é ilegítimo ou ilegal e não produz qualquer efeito válido entre as partes, pela evidente razão de que não se pode adquirir direitos contra a lei.

A jurisprudência do nosso Supremo Tribunal de Justiça já pacificou o seu entendimento sobre o tema ao editar as súmulas 346 e 473, as quais, tratam sobre a declaração de nulidade dos atos pela própria administração, se não vejamos:

STF 346: A Administração pública pode declarar a nulidade de seus atos.
STF 473: A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Estas foram as reflexões acerca do princípio da legalidade. Agora passaremos ao estudo do princípio da impessoalidade.

2.2.2 Princípio da impessoalidade

O Princípio da impessoalidade, assim como o da legalidade, encontra-se mencionado explicitamente no *caput* do art. 37 da Constituição Federal. Este princípio deve ser compreendido como o fator impeditivo da prática de ato administrativo pelo agente público que vise garantir interesse seu ou de terceiros, devendo este, está pautado segunda a vontade da lei.

A respeito de tal princípio Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2009, p. 199, 201) enfatizam que:

“os autores tratam o princípio administrativo da impessoalidade sob dois prismas, a saber:

a) como determinante da finalidade de toda a atuação administrativa (também chamado princípio da finalidade, considerando um princípio constitucional implícito, inserido no princípio expresso da impessoalidade);

b) como vedação a que o agente público valha-se das atividades desenvolvidas pela Administração para obter promoção pessoal”.

Essa primeira acepção traz a ideia de que todo ato administrativo deve ser praticado com o único objetivo de assegurar o interesse público. Por seu turno a segunda acepção traz a ideia de vedação a personificação da prática do ato pelo administrador público, mas sim, pela própria Administração Pública. Esta vedação está consagrada no § 1º do art. 37 da Constituição Federal, *in verbis*:

§ 1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Deste modo, quando o ato for praticado com objetivo contrário ao interesse público será considerado nulo por estar eivado pelo vício do desvio de finalidade.

2.2.3 Princípio da Moralidade

O princípio da moralidade torna imperativa a prática dos atos administrativos pelos gestores públicos pautados dentro dos mais altos padrões de ética e moral. A moralidade deve estar presente em todo e qualquer atuação do administrador público ainda que sua conduta esteja pautada de acordo com a lei, não pode o administrador praticar ou deixar de praticar ato capaz de denegrir a moral e a ética.

A respeito do referido princípio Hely Lopes Meirelles (2002, p. 88) leciona que:

“Por considerações de Direito e Moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme a proclamava os romanos: *“non omne quod licet honestum est.”*”

A Lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999 que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal também valora o

princípio da moralidade administrativa ao defini-lo como a “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé (cf. art. 2º, parágrafo único, IV), *in verbis*.

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios da:

IV – atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé.

Pela leitura do artigo retro transcrito torna-se claro que estão correlatos ao Princípio da Moralidade os Princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

É importante destacar que o Princípio da Moralidade faz um contraponto ao Princípio da Legalidade. Como dito antes, segundo o Princípio da Legalidade ao particular é dado a liberdade de praticar todo e qualquer ato que não esteja proibido por lei, enquanto que o agente público só pode praticar um ato quando previsto em lei. No entanto, o Princípio da Moralidade vincula tanto a conduta do administrador quanto a dos particulares que contratam com o Poder Público. É o Princípio da Moralidade, por exemplo, que veda a realização de acordo fraudulento entre os licitantes, sendo tal ato, é visto como crime pela lei de licitações em seu art. 90, *in verbis*.

Art. 90 Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do processo licitatório, com o intuito de obter para, si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

O Princípio da Moralidade deve estar presente em toda e qualquer forma de atuação do Poder Público, já que este encontra-se vinculado ao Princípio da legalidade guardando estreita relação com os padrões éticos aos quais toda a Administração Pública está subordinada.

2.2.4 Princípio da Publicidade

O Princípio da Publicidade expressa à transparência dos atos praticados pelo administrador público. O mencionado princípio está inserido implicitamente no art. 60, parágrafo único da lei nº 8.666/93, vejamos o que diz o artigo:

Art. 60 A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa Oficial, legislação que é condição indispensável para sua eficácia, será providenciada aplicável às licitações pela administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer o prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o dispositivo no art. 26 desta lei.

Para Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2009, p. 202-203) o Princípio da Publicidade, assim como o Princípio da Impessoalidade, também possui uma dupla faceta, vejamos o que dizem:

"O princípio da publicidade também apresenta uma dupla acepção em face do sistema decorrente da Constituição de 1988, a saber:

- a) exigência de publicação em órgão oficial como requisito de eficácia dos atos administrativos gerais que devam produzir efeitos externos ou onerem o patrimônio público;
- b) exigência de transparência da atuação administrativa¹.

Na primeira acepção esboçada pelos autores a publicidade dos atos administrativos não está vinculada à validade do ato, mas sim a sua eficácia. A partir da afirmativa infere-se que enquanto o ato não for publicado não poderá surtir efeito algum. Por sua vez, a segunda acepção traz a ideia de dar possibilidade de controle dos atos praticados pela Administração Públicas de modo direto pelos administrados.

O único dispositivo legal que prevê a exceção ao Princípio da Publicidade, em matéria de licitação, de forma indireta, está inserido no art. 3º, § 3º da Lei 8.666/1993, vejamos: "§ 3º A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura" (BRASIL, Lei n. 8.666/93).

Deste modo, o teor das propostas apresentadas pelos participantes da licitação somente pode ser conhecido no momento de processo e julgamento. Antes deste momento, nenhuma pessoa pode conhecer o seu conteúdo.

O princípio da publicidade avulta em importância nas relações entre a Administração Pública e os seus administrados, uma vez que, torna público todos os atos decorrentes do processo licitatório, permitindo assim, a fiscalização dos participantes, assim como daqueles que guardam algum interesse, mesmo que indireto. Deste modo, o princípio em comento avulta-se como corolário do dever de transparência dos atos do Poder Público.

2.2.5 Princípio da eficiência

A EC 19/1998 elevou a *status* constitucionais o princípio da eficiência ao inseri-lo de forma expressa no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, ao lado dos quatros princípios estudados anteriormente.

Segundo a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001, p. 83), o princípio em estudo apresenta dois aspectos:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Deste modo fica claro que o primeiro aspecto estaria ligado a ideia de ter o agente público o dever de buscar sempre os melhores resultados, os quais são obtidos a partir do aperfeiçoamento profissional, onde este deve ser feito de forma permanente. O segundo aspecto estaria ligado à questão do binômio produtividade-economicidade, deste modo estaria o administrador obrigado a obter a máxima produtividade com mínimo gasto de dinheiro público. Assim, fica claro que o princípio em comento está intimamente ligado ao Princípio do Interesse Público.

2.2.6 Princípio da supremacia do interesse público

O princípio da supremacia do interesse público é um princípio implícito, onde, embora não se encontre expresso em nossa constituição ou em leis esparsas é uma decorrência lógica dos demais princípios e mandamentos adotados no Brasil.

O princípio em comento, aliado ao princípio da indisponibilidade do interesse público formam a base legal do chamado regime jurídico-administrativo. Segundo Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2009, p. 190):

O princípio da supremacia do interesse público é característico do regime de direito público e, como visto anteriormente, é um dos dois pilares do denominado regime jurídico-administrativo, fundamentando todas as prerrogativas especiais de que dispõe a Administração como instrumentos para a consecução dos fins que a Constituição e as leis lhe impõem.

A decorrência lógica do princípio da indisponibilidade do interesse público seria que ao existir conflito de interesses entre a Administração Pública e os particulares, deverá o interesse público se sobrepor, posto que este representa os interesses da sociedade. Por óbvio, os direitos e garantias individuais assegurados em nossa Constituição deverão ser respeitos.

2.2.7 Princípio da indisponibilidade do interesse público

Como mencionado anteriormente, o princípio da indisponibilidade do interesse público somado ao princípio da supremacia do interesse público formam a base legal do regime jurídico-administrativo.

Por indisponibilidade do interesse público entende-se que o administrador público não possui a livre disposição e gerência sobre os bens e interesses públicos, mas deve tratá-los com o devido zelo, pois é a coletividade a verdadeira titular de tais bens e interesses.

2.2.8 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório encontra-se disciplinado no art. 41 e parágrafos seguintes da Lei n. 8.666/93, *in verbis*:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

§1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar o edital de licitação por irregularidade na aplicação desta lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo d faculdade prevista no §1º do art. 113;

§2º Decaira do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciarem esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994);

§3º A impugnação feita tempestivamente pelo licitante não o impedirá de participar do processo licitatório até o trânsito em julgado da decisão a ela pertinente;

§4º A inabilitação do licitante importa preclusão do seu direito de participar das fases subseqüentes. (BRASIL, Lei n. 8.666/93).

Acerca da vinculação ao edital, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2008, p. 506) aduzem que:

A vinculação da Administração aos estritos termos do edital de convocação da licitação é exigência expressa do art. 41 da Lei n. 8.666/1993. Esse artigo veda à Administração o descumprimento das normas e condições do edital, "ao qual se acha estritamente vinculada". Logo em seguida, a Lei assegura a qualquer cidadão o direito de impugnar o edital de licitação por motivo de ilegalidade". [...].

O princípio em comento determina que a Administração Pública está obrigatoriamente adstrita as regras impostas pelo processo licitatório em toda a sua inteireza, não podendo ela de forma injustificada violar qualquer uma das cláusulas contidas no edital. Vale ressaltar que o princípio da vinculação, deriva-se de dois outros princípios, quais sejam, o Princípio da Legalidade e o Princípio da Publicidade, posto que o instrumento convocatório personifica a "Lei da Licitação", impondo regras que devem ser obedecidas, tanto pela Administração Pública quanto pelos participantes do certame.

2.2.9 Princípio do julgamento Objetivo

Neste momento, torna-se oportuno ressaltar que o princípio em estudo tem como objetivo impedir o emprego de subjetivismo pela Administração Pública quando da análise das propostas apresentados no processo licitatório.

Nesta senda, Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 405) disciplina que:

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

Incorporando a os ensinamentos do autor supracitado, Celso Antonio Bandeira de Mello (2003, p. 502) assevera que:

[...], a objetividade absoluta só se pode garantir previamente nos certames decididos unicamente pelo preço. Quando entra em causa qualidade técnica, rendimento – muitas vezes, indispensáveis para a aferição das propostas – nem sempre será possível atingir-se o ideal da objetividade extrema, pois, quando os bens e serviços são fortemente aparentados nestes atributos, a primazia de um ou de outro depende de apreciações irredutíveis a um plano excludente de opiniões pessoais.

Por tudo que fora exposto, resta comprovada a importância dos princípios jurídico-administrativos para o processo licitatório, de modo que a eles é dado o encargo de normatizar e garantir que as licitações, estejam sempre pautadas dentro dos mais altos padrões de probidade e eficiência alcançando assim o seu objetivo primordial a concretização do interesse público. Dando seguimento ao estudo, passaremos agora a análise dos conceito sobre licitação, apresentando as definições de maior relevância em nossa doutrina.

2.3 CONCEITOS SOBRE LICITAÇÃO

A palavra Licitação tem origem etimológica no termo em latim *licitatione* ou *licitatio*, que se traduz no “ato de vender em leilão” advindo do verbo *licitari*, “leiloar, oferecer pelo melhor preço”, derivado de *licere*, “ser permitido”. Sua origem no Brasil deu-se em 14 de maio de 1862 com a promulgação do Decreto n.º 2.926, que passou a regulamentar as arrematações dos serviços a cargo do então Ministro da Agricultura, Comércio e Obras Públicas.

Sobre esta perspectiva, Celso Antonio Bandeira de Mello (2007, p. 505) conceitua licitação da seguinte forma:

Pode-se conceituar licitação da seguinte maneira: é o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.

Fortalecendo o conceito supracitado, Odete Medauar (2008, p. 178) leciona que:

Licitação, no ordenamento brasileiro, é o processo administrativo em que a sucessão de fases e atos leva à indicação de quem vai celebrar contrato com a Administração. Visa, portanto, a selecionar quem vai contratar com a Administração, por oferecer proposta mais vantajosa ao interesse público. A decisão final do processo licitatório aponta o futuro contratado.

Marçal Justen Filho (2004, p. 316) congrega do mesmo entendimento ao conceituar licitação como:

[...] um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção da proposta de contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia conduzido por um órgão dotado de competência específica.

Petrônio Braz (2007, p. 32), em apertada síntese, define licitação como:

[...] um conjunto de atividades instrumentais que dá segurança à Administração, vinculando o contrato que dela possa advir, abrindo a todos

os cidadãos, participarem da própria Administração através da oferta de bens e serviços ao Poder Público.

Ultrapassada a fase de conceitos sobre licitação, trataremos agora acerca da natureza jurídica da licitação.

2.4 NATUREZA JURÍDICA DA LICITAÇÃO

Definir a natureza jurídica da licitação não é uma das tarefas mais fáceis, posto que o tema é tormentoso em nossa doutrina, como bem assevera Petrônio Braz (2007, p. 48) ao lecionar que:

A Constituição Federal de 1988 impõe uma nítida separação entre o Direito Administrativo e o Direito Financeiro. A licitação, para alguns publicistas, vincula-se ao Direito Administrativo, como Geraldo Ataliba e Adilson Abreu Dallari, não se admitindo, para eles, mais discussões doutrinárias sobre sua natureza jurídica. [...] Observa-se que a matéria, contudo não é pacífica. Nomes da mais alta relevância no hemisfério das letras jurídicas posicionam-se em campos opostos. Toshio Mukai, estribado em jurisprudência não muito vasta, lidera corrente doutrinária que situa a licitação no campo do Direito Financeiro. Na mesma linha: Hely Lopes Meirelles, José Afonso da Silva e Lúcia Valle Figueiredo. A Constituição Federal de 1988, no entanto, não deixa margem a dúvida quanto ao posicionamento da licitação dentro do contexto do Direito Administrativo.

Assim, entende-se que a Constituição Federal de 1988 não deixa dúvidas, quanto a vinculação das licitações ao âmbito do Direito Administrativo. No entanto, restou comprovado a importância do Direito Financeiro quando da aplicação das licitações pelo Poder Público.

2.5 FINALIDADE E OBJETO DA LICITAÇÃO

O presente tópico tem como objetivo discorrer de forma sucinta e objetiva acerca da finalidade da licitação e, por conseguinte, passará a apresentar uma breve análise sobre seu objeto como meio para esclarecer as diferenças existentes entre estes dois aspectos comuns a todo ato administrativo, onde o objetivo é sempre o mesmo, o atendimento ao interesse público, sempre feito de modo adequado e oportuno, manifestando-se como prova de uma Administração Pública voltada para a realização e concretização do interesse público, para que assim possam obter uma melhor compreensão de todo o caminho que compõe o processo licitatório.

2.5.1 Finalidade da licitação

A licitação carrega em seu ventre a ideia de isonomia entre aqueles que dela participam, tendo como objetivo a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, tendo em vista tanto a qualidade do bem ou serviço como o valor mais adequado a realidade do interesse público, de forma a garantir ao vencedor do certame o contrato com o Poder Público.

Dos ensinamentos doutrinários de Marçal Justen Filho (2004, p. 318) sobre a finalidade das licitações, observa-se que:

[...], a finalidade da licitação visa propiciar, intrinsecamente a escolha do licitante que oferta o valor menos oneroso para a entidade pública, ou melhor, destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa, que impulsiona o particular a ofertar condições mais adequadas para a prestação dos serviços. Aparentando no seu íntimo uma relação de custo-benefício para os Poderes Públicos, que a princípio se caracteriza pela vantagem de menor custo e maior benefício.

Marçal Justen Filho (2004, p. 317) salienta ainda que:

De modo geral, a vantagem buscada pela Administração Pública deriva da conjugação dos aspectos da qualidade e da onerosidade. Significa dizer que a Administração Pública busca maior qualidade na prestação e o menor benefício econômico.

Sob esta perspectiva é possível afirmar que as licitações, no cumprimento dos princípios que as regem, não há possibilidade para a práticas de atos que visem, de alguma forma, o favorecimento pessoal ou de terceiros, em respeito ao princípio da impessoalidade, comprometido com a garantia de um certame isonômico e justo, decorrência lógica do primado dos princípios éticos, aliados a transparência dos atos administrativos..

2.5.2 Objeto da licitação

A respeito do objeto da licitação, Hely Lopes Meirelles traz a seguinte lição: “Objeto da licitação é a obra, o serviço, a compra, a alienação, a concessão, a permissão e a locação que, afinal, será contratada com o particular”. (MEIRELLES, 2005, p. 273.).

Por seu turno, Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 503), discorre acerca do objeto da licitação, aduzindo que:

Licitação – em suam síntese – é um certame que as atividades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir. [...].

De fato, o objeto primordial da licitação é o atendimento as necessidades públicas, o qual é obtido através contratação de objetos e serviços voltados para suprir o interesse público, ressalta-se, devendo ser feito de forma adequada.

2.5.3 Da Lei que regulamenta as licitações

As normas gerais sobre licitações estão disciplinadas na Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993, a qual estabelece diretrizes gerais para o procedimento licitatório, motivo que a leva ser chamada de Lei das Licitações.

Da mesma forma a nossa Constituição Federal de 1988 avulta em importância quando do estudo das licitações, posto que após a EC n. 19/98, a competência para legislar acerca das Licitações e contratos da Administração passou a ser da União, conforme consta nos arts. 22, XXVII, e 173, §1º, inc. III da Constituição Federal de 1988, os quais foram alterados posteriormente.

Nesta senda, torna-se oportuno a transcrição dos ensinamentos doutrinários de Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 506), que ao discorrer sobre a competência para legislar sobre licitação ensina que:

A competência para legislar sobre licitação assiste às quatro ordens de pessoas jurídicas de capacidade política, isto é: União, Estados, Municípios e Distrito Federal. Entretanto, compete à União editar "normas gerais" sobre o assunto, conforme prescreve o art. 22, XXVII, da Constituição. Com efeito, o tema é estritamente de Direito Administrativo, dizendo, pois, com um campo de competência próprio das várias pessoas referidas, pelo que cada qual legislará para si própria em sua esfera específica. Sem embargo, todas devem acatamento às "normas gerais" legislativamente produzidas com alcance nacional, conforme "supra" anotado.

Sobre as normas que regulamentam as licitações, Marçal Justen Filho (2008, p. 12) disciplina que:

[...] as regras contidas na Lei 8.666, são resultado de evolução histórica que não pode ser olvidada. O Diploma legal contém regras e princípios derivados de leis anteriores, amoldados ao sistema da Constituição de 1988 e tendo em vistas as necessidades derivadas dos fatos históricos ocorridos desde a década de 90.

Deste modo, mesmo com a Lei n. 8.666/93, em seu art. 22, §8º, impor a vedação à criação de outras modalidades de licitação, bem como a combinação das modalidades existentes, a Medida Provisória nº 2.182-18/2001, passou a instituir no âmbito da União, uma nova modalidade chamada pregão, destinada a aquisição de

bens e serviços comuns. No entanto, como dito antes, a havia um impedimento legal para a nova modalidade licitatória prevista no art. 22, §8º da Lei n. 8.666/93, salvo se introduzida por outra norma de eficácia geral. Então, eis que surge a Lei 10.520, de 17 de julho de 2002, a qual converteu a MP nº 2.182-18/2001 em norma geral, ampliando a sua aplicação aos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Uma vez superado o estudo acerca dos conceitos, finalidades e objeto das licitações frente a legislação pertinente, passaremos agora ao estudo do procedimento licitatório propriamente dito, abordando de forma sintética a audiência pública, o edital, o recebimento da documentação e propostas, a habilitação dos licitantes, o julgamento das propostas, a homologação e adjudicação e, por fim, a possibilidade de anulação ou revogação da licitação.

3 PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

3.1 PONDERAÇÕES INICIAIS

No presente capítulo serão tratados temas importantes para o deslinde deste trabalho. Sob esta ótica, será tratado de forma específica, cada uma das fases do procedimento licitatório.

Primeiramente será esclarecida a função da audiência pública, sua importância, ocasião própria para sua realização e os atributos indispensáveis de validade.

Superada esta fase, passaremos a cuidar do edital, seu início, função, aplicação, bem como sua importância, demonstração sua relação com o princípio da publicidade.

Dando continuação ao assunto, será abordados os meios de recebimento dos documentos necessários para que os licitantes passem a ser considerados como parte ativa no processo licitatório, oportunamente, discorreremos acerca das propostas, seu recebimento e atributos necessários para a sua aceitação, nos termos da lei.

Ainda, dentro do tema tratado, faremos as considerações sobre os atributos necessários para que os licitantes sejam considerados como habilitados a participarem da licitação, posteriormente a análise e julgamento das propostas.

Finalmente, será tratada a homologação e a adjudicação do objeto da Licitação, fazendo referência às formalidades do contrato licitatório e sobre a possibilidade de impugnação, dada aos licitantes em tempo apropriado.

O estabelecimento do processo licitatório é um mandamento constitucional imperioso, ao qual, está subordinada toda a Administração Pública, determinado de forma imperiosa pela nossa Constituição Federal, de modo que só pode ser afastado em ocasiões excepcionais, as quais também possuem expressa previsão legal.

Sob esta perspectiva vejamos o que dispõe o art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal de 1998, *in verbis*:

Art. 37. [...].

XXI – ressalvados os casos específicos na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Dando continuidade a linha de raciocínio, dispõe o art. 175 de nossa Constituição, vejamos o artigo em comento: “Art. 175. Incube ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. [...]” (BRASIL, Constituição 1988).

Da mesma forma a Lei n. 8.666/93 traz em seu art. 2º possibilidades de contratação direta pela Administração Pública, *in verbis*:

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

Deste modo, a nossa Constituição passou a aceitar a possibilidade de ausência de licitação em determinadas situações de caráter excepcional, seriam os casos em que a licitação é legitimamente dispensada, dispensável ou inexigível.

3.1.2 Audiência pública

A obrigatoriedade da realização de audiência pública, bem como os critérios impostos para a sua realização, estão expressos na Lei n. 8666/1993 em seu art. 39, que dispõe:

Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, I, c, desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

Desta forma, a realização de audiência pública será considerada como fato imperioso quando o valor da licitação ou o conjunto de licitações for correspondente ao valor de R\$: 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais), conforme a inteligência do art. 39, da Lei n. 8.666/1993.

Dando seguimento ao estudo, abordaremos agora a fase abre o processo licitatório conhecida por edital.

3.1.3 Edital

Celso Antonio Bandeira de Mello (2007, p. 560) define o edital da seguinte forma:

Edital é o ato por cujo meio a Administração faz público seu propósito de licitar um objeto determinado, estabelece os requisitos exigidos dos proponentes e das propostas, regula os termos segundo os quais os avaliará e fixa cláusulas do eventual contrato a ser travado.

Não obstante, aduz Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 561): que:

Do aviso-resumo, divulgado na forma prevista no art. 21, devem constar indicação sucinta do objeto licitado, identificação do local em que poderá obter seu texto completo (com os respectivos anexos) e todas as informações sobre a licitação (§1º).

Fazendo um exame mais detalhado a respeito do edital, Odete Medauar (2008, p. 190), leciona que:

O edital tem um preâmbulo, no qual devem ser inseridos os seguintes dados: número de ordem da licitação, modalidade, regime de execução do futuro contrato, tipo de licitação (na verdade é o critério de julgamento) menção à legislação que a rege, local, data e hora para entrega da documentação e propostas e para início da abertura de envelopes.

Por fim, sob o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 561), percebemos que o edital possui seis funções básicas, a saber:

São as seguintes as funções desempenhadas pelo edital: a) dá publicidade à licitação; b) identificar o objeto licitado e delimitar o universo das propostas; c) circunscreve o universo de proponentes; d) estabelecer os critérios para análise e avaliação dos proponentes e propostas; e) regular atos e termos processuais do procedimento; f) fixar as cláusulas do futuro contrato.

Segundo este aspecto, é por meio do edital que os interessados obtêm o conhecimento dos parâmetros e condições estabelecidos para poder participar do certame.

3.1.4 Recebimento da documentação e propostas

A respeito do julgamento das propostas, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo disciplinam: "O julgamento das propostas consiste no confronto das ofertas, classificação das propostas e determinação do vencedor, ao qual deverá ser adjudicado o objeto da licitação". (ALEXANDRINO; PAULO, 2008, p. 438.).

Conceituando a fase de classificação, Odete Medauar (2006, p. 194) leciona que;

Classificação é a fase em que a comissão de licitação, em ato público, abre os envelopes contendo as propostas dos licitantes habilitados e verifica se o teor de cada proposta está conforme aos requisitos do edital ou do instrumento convocatório. Verifica, igualmente, se o preço ofertado está acima do limite legal, para a modalidade, se está adequado aos preços correntes no mercado ou fixado no órgão oficial competente ou aos inseridos em registro de preços (art. 43, III e IV).

Mediante a conceituação sobre a fase de classificação dada pela autora supracitada, torna-se oportuno a transcrição do art. 43, incs. III e IV, da Lei n. 8.666/93, *in verbis*:

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: [...]; III – abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa ou após o julgamento dos recursos interpostos; IV – verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconforme ou incompatíveis;[...]. (BRASIL, 1993).

Uma vez recebida a documentação respectiva ao processo licitatório e comprovando-se a aptidão jurídica, a regularidade fiscal, a capacidade técnica e econômico-financeira dos interessados, o próximo passo a ser dado será a realização da sessão pública em local definido, respeitando-se o prazo ajustado no edital. A presença da Comissão, bem como, a dos interessados é indispensável para a realização da sessão pública.

Na ocasião da abertura dos envelopes, o que ocorre durante a sessão pública, os documentos inclusos a estes, serão analisados e rubricados pelos componentes da Comissão e pelos participantes do certame que estiverem presentes, exarando-se a ata da sessão, também será feita a colheita dos envelopes contento as propostas, onde estes ficarão fechados.

A respeito do sigilo das propostas, Hely Lopes Meirelles (2005, p.268) disciplina que:

O sigilo na apresentação das propostas e consectário da igualdade entre os licitantes, pois ficaria em posição vantajosa o proponente que viesse a conhecer a proposta de seu concorrente antes da apresentação da sua. Daí o necessário sigilo, que há de ser guardado relativamente a todas as propostas, até a data designada para a abertura dos envelopes ou invólucros que as contenham, após a habilitação dos proponentes.

Finalizando, o autor supracitado aduz que: “A abertura da documentação ou das propostas ou a revelação de seu conteúdo antecipadamente, além de ensejar a anulação do procedimento, constitui também ilícito penal, com pena de detença e multa” (MEIRELLES, 2005, p. 263).

Desta forma a violação da documentação ou das propostas antes do momento adequado é motivo suficiente para que seja decreta a anulação de todo o processo licitatório. Passemos agora ao estudo da habilitação dos licitantes.

3.1.5 Habilitação dos licitantes

Segundo os ensinamentos doutrinários de Marçal Justen Filho (2002, p. 294) a habilitação no processo licitatório é:

O exame das condições do direito de licitar e denominado usualmente, de “habilitação”. O vocábulo indica tanto a fase procedimental como a decisão proferida pela Administração. Na acepção de fase procedimental, a habilitação consiste no conjunto de atos orientados a apurar a idoneidade e a capacitação de um sujeito para contratar com a Administração Pública. Na acepção de ao ato administrativo, indica o ato pelo qual a Administração finaliza essa fase procedimental, decidindo estarem presentes as condições do direito de licitar.

Relativo às exigências constantes na fase de habilitação, torna-se oportuno a transcrição do art. 27, inc. I a IV da Lei n. 8.666/1993, *in verbis*:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:
I – habilitação jurídica; II – qualificação técnica; III – qualificação econômico-financeira; IV – regularidade fiscal; [...]. (BRASIL, 1993).

Deste modo a Lei de Licitações impõe uma série de exigência para um licitante seja reputado como habilitado a participar de um certame licitatório. Ademais, existe a possibilidade de um candidato ser considerado inabilitado para o certame, resultante de alguma incompatibilidade com o procedimento em tela.

A respeito da inabilitação dos licitantes, Marçal Justen Filho (2004, p. 388) leciona que:

A exclusão dos licitantes inabilitados e decorrência necessária da natureza da decisão e preceito compatível com a estrutura do procedimento licitatório. [...] Na fase de habilitação, a Administração verifica a presença das condições do direito de licitar. A inabilitação do licitante significa que a Administração não lhe reconhece o direito de licitar (formular propostas de contratação).

Uma vez considerado inabilitado, o licitante não poderá mais concorrer ao certame, já que este não preencheu os requisitos mínimos exigidos para poder contratar com o Poder Público.

3.1.6 Julgamento das propostas

O julgamento das propostas no procedimento licitatório possui fundamentação legal no art. 45 da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle. (BRASIL, 1993).

Segundo este tema, Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 579) ressalta que:

O julgamento das propostas efetuar-se-á de acordo com o "tipo de licitação" adotando no edital e far-se-á com o máximo de objetividade, exclusivamente em função dos fatores nele previstos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle (art. 45, *caput*, c/c art. 44). É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado, capaz de comprometer a igualdade dos disputantes (§ 1º do art. 44).

Neste contexto, mediante o disciplinamento legal do *caput* do artigo supracitado cumulado com os ensinamentos doutrinários do insigne doutrinador, também supracitado, agora, torna-se imperioso a transcrição dos I a IV do art. 45 da Lei de Licitações, *in verbis*:

Art. 45. [...].

I – a de menor preço – quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço; II – a de melhor técnica; III – a de técnica e preço; IV a de maior lance ou oferta – nos casos de direito real de uso.

Quando o juízo de escolha utilizado for o de menor preço levará tão somente em conta o valor apresentado para adquirir o produto ou contratar a prestação de serviço. Já quando o juízo de escolha usado for o de melhor técnica levar-se-á em consideração o conhecimento técnico-científico dos participantes, sem ponderar acerca de seu valor. Por seu turno quando o critério de escolha recair sobre a técnica e o preço, ambos serão levados em consideração, quando da escolha do vencedor do certame.

3.1.7 Homologação e adjudicação

O conceito de homologação encontra na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 584-585) sua melhor definição, se não vejamos:

Homologação é o ato pelo qual a autoridade competente, estranha à comissão, após examinar todos os atos pertinentes ao desenvolvimento do certame licitatório, proclama-lhe a correção jurídica, se esteve conforme às exigências normativas.

Por seu turno ao tratar da adjudicação o insigne doutrinador Petrônio Braz (2005, p. 282) trata a adjudicação como ato privativo da Comissão de Licitação, ao defini-lo da seguinte forma: “Adjudicação é o ato privativo da Comissão de Licitação, que indica à Autoridade, qual foi, entre as propostas apresentadas pelos licitantes, a que apresentou total compatibilidade com a solicitação do Edital de Licitação” (BRAZ, 2005, p. 282).

O supracitado autor (2005, p. 283), ao discorrer sobre a obrigatoriedade da adjudicação, assevera:

Não é a adjudicação obrigatória, em presença da prevalência do interesse público, porque a Administração pode, a qualquer tempo, diante de circunstância justificáveis, concluir pela não-adjudicação, suspendendo ou arquivando o processo de licitação. Não é livre, porém, porque será praticada em função do que já aconteceu nas fases anteriores. A adjudicação só pode ser feita em favor do primeiro licitante classificado, embora não seja automática.

Esclarecendo as dúvidas quanto às possíveis confusões entre adjudicação e celebração de contrato temos a lição de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2008, p. 509), onde estes salientam que:

Não se deve confundir adjudicação com a celebração do contrato. A adjudicação é um ato declaratório, que apenas garante ao vencedor que, quando a Administração for celebrar o contrato relativo ao objeto da licitação, ela o fará com o vencedor.

No entanto, podem ocorrer situações supervenientemente que tornem nulo o contrato firmado entre o Poder Público e o particular, sobre o tema, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo lecionam que : “É, todavia, possível que o contrato venha a não ser celebrado, por motivos como a anulação do procedimento, se houver ilegalidade, ou a revogação da licitação em decorrência de razões de interesse público supervenientes (ALEXANDRINO; PAULO, 2008, p. 509).

Deste modo, resta claro que a homologação é previa a adjudicação, deste modo estão correlacionados.

3.1.8 Anulação e revogação

Quando constatado que o processo licitatório está eivado por algum vício insanável, quando haja algo ilegal no procedimento, a licitação de ser considerada nula.

Nestes termos e segundo o comentário ao art. 49 da Lei 8.666/1993, Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 588-589) assevera que:

Nos termos do art. 49 da lei, a autoridade competente deve anular a licitação, de ofício por provocação de terceiros, se maculada de ilegalidade. Esta fulminação pressupõe parecer escrito e devidamente fundamentado. Além, disso, a teor do §3º, é obrigatório que se assegure, antes de tal decisão, o contraditório e a ampla defesa. Dispõe, ainda, a lei que a anulação do procedimento, isto é, sua fulminação por ilegalidade, induz a nulidade do contrato com base nela efetuado (art. 49, §2º).

Simetricamente as lições supracitadas, temos os ensinamentos doutrinários de Hely Lopes Meirelles (2005, p. 305), fortalecendo as ideias sobre a possibilidade de invalidação do procedimento licitatório ao lecionar que:

A anulação da licitação, por basear-se em ilegalidade no seu procedimento, pode ser feita em qualquer fase e a qualquer tempo, antes da assinatura do contrato, desde que a Administração ou o Judiciário verifique e aponte a infringência à lei ou ao edital. O essencial é que seja claramente demonstrada a ilegalidade, pois anulação sem justa causa é absolutamente inválida. Todavia, na esfera administrativa, antes da decisão sobre a anulação ou não da licitação deve-se assegurar o direito de defesa, com o contraditório.

Sob esta ótica, Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 589) é enfático ao discorre sobre a possibilidade de indenização decorrente da anulação da licitação:

Estabelece, também, que a anulação não gera para a Administração obrigação de indenizar, salvo no que respeita ao que já tenha sido

executado pelo contratado até a data da fulminação e por outros prejuízos regulamente comprovados, contanto que o vício invalidador não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa (art. 49, § 1º, c/c art. 59, parágrafo único). É óbvio, todavia, que o art. 37, § 6º, da Constituição enseja responsabilização ainda com maior amplitude.

Pelo exposto, torna-se necessário e oportuno a transcrição do entendimento de Odete Medauar (2008, p. 201-202) sobre a competência para a decretação de anulação da licitação, ao disciplinar que:

A anulação advém da existência de ilegalidade. [...]. Sendo assim, pode ser efetuada por autoridade competente, superior à comissão de licitação, de ofício ou por provocação (recurso administrativo, noticiário da imprensa etc.). Pode decorrer, também, de sentença ou acórdão do Poder Judiciário.

Por fim, pelo que fora exposto, restou claro que as licitações são a principal forma de procedimento para que possa o Poder Público firmar contrato com o particular, objetivando sempre a satisfação do interesse público. Ressalta-se que este procedimento é pautado por princípios e normas legais que não podem ser afastados, sob pena de ser este ato considerado anulável ou nulo, de modo que toda a conduta da Administração Pública deve estar pautada nos princípios da ética e moral. Ressaltando que o Administrador Público é gestor da coisa pública, e não o seu dono.

4 MODALIDADES DE LICITAÇÃO

As quatro modalidades de licitação existentes em nosso ordenamento jurídico estão elencadas no art. 22, incs. I a V, da Lei nº 8.666/93, in verbis: "Art. 22. São modalidades de licitação: I – Concorrência; II – tomada de preço; III – convite; IV – concurso; V – leilão. [...]" (BRASIL, Lei n. 8.666/93).

Com a transcrição do artigo em estudo, torna-se necessário a exposição de seus parágrafos, os quais trazem as definições de concorrência, tomada de

preço, convite, concurso e leilão, bem como a aplicabilidade de cada uma destas modalidades, *in verbis*:

Art. 22. [...].

§ 1º Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto. § 2º Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação; § 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas. § 4º Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias. (BRASIL, 1993).

Desta feita, dando encadeamento lógico as ideias apresentadas, torna-se necessário também a transcrição dos parágrafos constantes no art. 22 da Lei n. 8.666/1993, *in verbis*:

§ 5º Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994). § 6º Na hipótese do § 3º deste artigo, existindo na praça mais de 3 (três) possíveis interessados, a cada novo convite, no mínimo, mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994). § 7º Quando, por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, for impossível a obtenção do número mínimo de licitantes exigidos no § 3º deste artigo, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite. § 8º É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo. § 9º Na hipótese do parágrafo 2º deste artigo, a administração somente poderá exigir do licitante não cadastrado os documentos previstos nos arts. 27 a 31, que comprovem habilitação compatível com o objeto da licitação, nos termos do edital. (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994). (BRASIL, 1993).

Fundamentada no art. 22, § 8º, está à impossibilidade de combinação entre as modalidades de licitação, assim como a impossibilidade de uso de outra

modalidade que não seja aquelas previstas na lei em comento. No entanto a Lei nº 10.520 de 2002, trouxe a lumen uma nova modalidade de licitação denominada Pregão a qual passou a integrar o nosso ordenamento jurídico-administrativo.

Para um maior esclarecimento acerca das modalidades de licitação existem em nosso ordenamento jurídico-administrativo, serão tratadas de forma breve cada uma delas.

4.1 CONCORRÊNCIA

A modalidade de licitação denominada de Concorrência está disciplinada no art. 22, I, § 1º, da Lei de Licitações.

Concedente a aplicação da Concorrência no procedimento licitatório, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2008, p. 545) disciplinam que a Concorrência:

Presta-se à contratação de obras e serviços, compras, de qualquer valor. Além disso, é a modalidade exigida para a celebração de contratos de concessão de serviços públicos (sempre), para os contratos de parcerias público-privadas (que são espécie do gênero "concessões"), para a compra de imóveis e a alienação de imóveis públicos (regra geral), para a concessão de direito real de uso (regra geral) e para as licitações internacionais (regra geral).

Nesta senda, os autores supracitados (2008, p. 545-546), complementam o entendimento sobre as características e particularidades da Concorrência ao disciplinarem que:

Uma das características da concorrência é possuir uma fase de habilitação preliminar, após a abertura do procedimento (publicação do resumo do edital). Cabe mencionar que, especificamente na concorrência prévia à celebração de contratos de parceria público-privadas (PPP), e na concorrência prévia à celebração de contratos de concessão de serviços públicos, é admitida a inversão da ordem das fases de habilitação e

juízo, hipótese em que este ocorrerá antes daquela. Isso está previsto, para as PPP, no art. 13 da Lei nº 11.079/2004, e para os contratos de concessão de serviços públicos, no art. 18-A da Lei nº 8.987/1995.

Ponto importante e que merece destaque quando do estudo da Concorrência e a questão da aplicação de seus prazos nos procedimentos licitatórios que a envolvam, sobre o tema, assevera Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 536) ao disciplinar que:

Na Concorrência deverá transcorrer um prazo normalmente de 30 dias, no mínimo, entre sua publicidade e a data fixada para recebimento das propostas (art. 21, § 2º, II, "a"). Ser, entretanto, de pelo menos 45 dias caso o certame se preordene a contrato de empreitada integral ou se for julgado na conformidade dos "tipos", isto é, dos critérios, de "melhor técnica" ou de "técnica e preço" (art. 21, § 2º, I, "b").

Sinteticamente, Concorrência é a modalidade de licitação destinada à celebração de contrato para a realização de obras e serviços de grande vulto.

4.2 TOMADA DE PREÇO

O conceito doutrinário acerca da modalidade de licitação determinada de Tomada de preços encontra na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 536) a sua melhor expressão, ao lecionar que esta:

[...], É a modalidade em que a participação na licitação restringe-se (a) às pessoas previamente inscritas em cadastro administrativo, organizado em função dos ramos de atividades e potencialidades dos eventuais proponentes, e (b) aos que, atendendo a todas as condições exigidas para o cadastramento, até o terceiro dia anterior à data fixada para recebimento das propostas, o requeiram e sejam, destarte, qualificados. Estes cadastros, regulados nos arts. 34 a 37 a lei e dos quais se falará mais além, [...], são registros dos fornecedores de bens, executores de obras e serviços que ali se inscreveram, mantidos por órgão ou entidades administrativas que frequentemente realizam licitações. Deles podem servi-se outras unidades que o desejem.

A aplicabilidade da licitação na modalidade Tomada de preço, esta vinculada as imposições legais do art. 23, inc. I, *b*, e inc. II, *b*, da Lei 8.666/1993, que basicamente impõem a obediência a valores prefixados, *in verbis*:

Art. 23. As modalidades de licitação [...], serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:
I – para obras e serviços de engenharia: [...];
b) tomada de preços – até R\$: 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);
II – para compras e serviços não aferidos no inciso anterior: [...];
b) tomada de preços – até R\$: 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).
(BRASIL, 1993).

Portanto, a tomada de preço é uma modalidade de licitação voltada para a realização de contratos destinados a construção de obras ou prestação de serviços de porte mediano, estando suas diretrizes fundamentadas no art. 23 da Lei de nº 8.666/1993.

4.3 CONVITE

O conceito legal de Convite está insculpido no art. 22, III, § 3º da Lei de Licitações, da seguinte forma:

Art. 22. [...];
III – convite;
§ 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seus interesses com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.
(BRASIL, 1993).

Através da análise do artigo supracitado, evidencia-se que a modalidade licitatória em comento é a de menor complexidade vista até

agora, já que esta é utilizada em licitações de baixo valor, sendo pautada por um procedimento célere e simplificado.

Corroborando este pensamento, Hely Lopes Meirelles (2005, p.315) sintetiza um conceito doutrinário sobre o Convite, disciplinando-o da seguinte forma:

Convite é a modalidade de licitação mais simples, destinada às contratações de pequeno valor, consistindo na solicitação escrita a pelo menos três interessados do ramo, registrados ou não, para que apresentem suas propostas no prazo mínimo de cinco dias úteis (art. 21, § 2º, IV).

Outro aspecto marcante desta modalidade de licitação é o seu instrumento convocatório, a carta-convite, e a forma como este ocorre. Sobre este assunto, precisa são as palavras de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2008, p. 547) ao lecionarem que:

[...], o instrumento de convocação utilizado na modalidade convite é a carta-convite, enviada diretamente aos interessados. É interessante notar que a Lei fala, num primeiro momento, em interessados cadastrados ou não, para o fim de ser enviada a carta-convite. No caso do convite não há publicação em diário oficial, mas é necessário, além do envio da carta-convite aos interessados, afixação de cópia do instrumento em local apropriado para que os demais cadastrados não originalmente convidados possam participar, habilitando-se até 24 horas antes do prazo para entrega das propostas (esta possibilidade de que aqueles que não foram convidados possam habilitar-se até 24 horas antes do prazo para a entrega das propostas alcança somente os interessados cadastrados!).

Como explicitado anteriormente o instrumento convocatório do Convite é a carta-convite, onde, embora seja tido como um procedimento célere e simplificado, guarda algumas particularidades sobre a sua forma de procedimento, a respeito deste assunto, Odete Medauar (2008, p. 183) leciona o seguinte:

[...]. Esta deverá afixar, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório, denominado carta-convite, e o estenderá aos demais cadastrados na especialidade, que manifestarem interesse em participar com antecedência de até vinte e quatro horas do prazo final de apresentação das propostas (§ 3º do art. 22 da Lei 8.666/93). É utilizada

para contratos de pequeno valor. Se houver na praça mais de três possíveis interessados, a cada novo convite para objeto similar é obrigatório endereçar a carta-convite a, pelo menos, mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações (§ 6º). Se for impossível a obtenção de três licitantes, as razões disso deverão ser devidamente justificadas nos autos do processo, sob pena de repetição do convite (§ 7º).

Por fim, é importante ressaltar que, não obstante, seja o convite considerada como a forma mais simples das licitações esta pode ser utilizada em processo licitatórios internacionais, desde que respeitados os preceitos legais do art. 23, § 3º, da Lei de Licitações.

4.4 CONCURSO

A modalidade licitatória conhecida como Concurso encontra-se definida no art. 22, IV, § 4º, da Lei de Licitações, *in verbis*:

Art. 22. [...]:

§ 4º Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico, ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias. (BRASIL, 2008).

Elucidando o conceito legal de Concurso, Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 538), sob o brilhantismo que lhe é peculiar, leciona que:

O concurso terá regulamento próprio, acessível aos interessados no local indicado no edital. Seu julgamento é efetuado por comissão especial integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria, sejam ou não servidores públicos (art. 21, § 2º, I).

O edital que institui o Concurso é marcado por uma série de regulamentos e exigências, que são aplicadas tanto aos particulares que queiram contratar com o Poder Público, como a própria Administração Pública. A respeito desta temática Odete Medauar (2008, p. 184) disciplina o seguinte:

[...]. O regulamento deve mencionar: I – a qualificação exigida dos participantes; II – as diretrizes e a forma de apresentação do trabalho; III – as condições de realização do concurso e os prêmios aos vencedores. Tratando-se de projeto, o vencedor deve autorizar a Administração a executá-lo quando julgar conveniente (§§ 1º e 2º do art. 52). [...]. A Administração só efetuará entrega do prêmio se houver cessão dos direitos patrimoniais respectivos e se puder utilizar o trabalho de acordo com o previsto no regulamento do concurso (art. 111, caput).

Portanto, podemos afirmar que o Concurso afigura-se como uma modalidade de licitação que permite a Administração Pública firmar contrato com um particular para que este, mediante o recebimento de prêmios ou remuneração, lhe preste serviços de cunho técnico, científico ou artístico, respeitadas as exigências contidas em seu edital.

4.5 LEILÃO

As descrições legais quanto ao conceito da modalidade licitatória denominada de Leilão estão dispostas no art. 22, V, § 5º, da Lei das Licitações, *in verbis*:

Art. 22. [...]:

V – leilão.

§ 5º Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação. (BRASIL, 1993).

Odete Medauar (2008, p. 184), discorrendo acerca da atribuição de competência para a realização do certame licitatório em comento, assim como dos requisitos de seu edital, leciona que:

O leilão pode ser cometido a leiloeiro oficial ou servidor designado pela Administração, procedendo-se na forma da legislação pertinente (art. 53, caput). O edital de leilão, publicado, pelo menos, quinze dias antes de sua realização, deve ser amplamente divulgado, em especial no Município em que ocorrerá (§ 4º do art. 53). O bem a ser leiloado será previamente avaliado pela Administração, para fixação de preço mínimo de arrematação (§ 1º do art. 53).

Neste mesmo contexto, abordando então os modos sob os quais se dá a arrematação dos bens, Odete Medauar (2008, p. 184) complementa:

[...]. Os bens arrematados são pagos á vista ou no percentual previsto no edital (não inferior a 5%; após a assinatura da respectiva ata, lavrada em seguida no local do leilão, os bens serão imediatamente entregues ao arrematante; este, se for o caso, se comprometerá a efetuar o pagamento do restante no prazo fixado no edital, sob pena de perder, em favor da Administração, o valor já recolhido (§ 3º do art. 53).

Deste modo, o leilão pode ser entendido como o modo de licitação pelo qual o Poder Público põe a venda bens imóveis sem utilidade para a Administração Pública, ou daqueles adquiridos por decisão judicial ou dação em pagamento, assim como alienação de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, conforme a inteligência do art. 17, § 6º da Lei n. 8.666/1993.

5 PREGÃO ELETRÔNICO

O presente capítulo tem como objetivo o estudo da modalidade licitatória conhecida por Pregão, instituída com a sanção da Lei n. 10.520/2002, de forma lata, posto que a referida lei trata do Pregão em sua forma presencial, no entanto, o norte do presente trabalho é a submodalidade denominada Pregão Eletrônico regulamentada em nosso ordenamento jurídico-administrativo através do decreto nº 5.054, de 31 de maio de 2005.

5.1 APONTAMENTOS INICIAIS

Inicialmente, será apresentada a sua definição e distinção em relação aos demais métodos de licitação. Posteriormente passaremos a tratar sobre a compreensão de bens e serviços comuns. Finalmente, traremos para a discussão as fases do Pregão Eletrônico, abordando as suas fases interna e externa.

O Pregão ocupa lugar de destaque no nosso ordenamento jurídico-administrativo, já que este se destaca das demais modalidades licitatórias, por apresentar-se como um meio mais célere, preciso e seguro, quando da realização de contrato entre o Poder Público e o particular, superando os entraves burocráticos vividos pelas outras modalidades de licitação.

Sobre este contexto, torna-se imperioso o delineamento de uma comparação feita entre as modalidades de licitação preteritamente estudadas, com o fim de expor que esta nova modalidade tem o objetivo primordial de atender ao interesse público de forma rápida, segura e eficiente.

A respeito do primeiro contato do público com o Pregão, Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 541) expõe que:

De acordo com o art. 4º, I, da Lei 10.520, o pregão inicia-se para o público com a convocação dos interessados, mediante aviso publicado no correspondente Diário Oficial, ou, se este não houver, em jornal de circulação local e, facultativamente, por meios eletrônicos e, conforme o vulto da licitação, também em jornal de grande circulação. Este mesmo artigo se remete a regulamento, previsto no art. 2º, editado pela União, Estado, Distrito Federal ou Município, cada qual para a sua esfera. Ocorre que o caput deste artigo 2º foi vetado pelo Presidente da República.

Nesta senda, o nosso conjunto de normas e preceitos jurídico-administrativo traz em seu bojo duas submodalidades do Pregão, a modalidade presencial e a modalidade eletrônica. No Pregão Presencial é necessário que os particulares que estejam interessados em contratar com o Poder Público encontrem-se presentes quando da realização da sessão pública. O mesmo não se aplica a modalidade eletrônica, já que os

participantes utilizam a tecnologia da informação, internet, para participarem de todo o certame remetendo suas propostas através da internet, o que por si só, já demonstra a praticidade do Pregão Eletrônico frente aos outros modelos licitatórios.

5.2 DEFINIÇÕES E ASPECTOS GERAIS

5.2.1 Definições

A respeito das definições doutrinárias de Pregão, especificamente Pregão Eletrônico, encontramos nas lições de Joel de Mendes Niebuhr (2006, p. 280), um conceito preciso desta modalidade licitatória, expressa da seguinte forma:

O Pregão eletrônico é a espécie de modalidade de licitação pública em que os procedimentos do pregão presencial são adaptados à tecnologia da informação. Isto é, em vez de desenvolver-se o pregão em ambiente físico, contando com a participação física dos licitantes, a modalidade, sob a perspectiva eletrônica, desenvolve-se através da Internet, promovendo-se por meio dela a comunicação entre os licitantes e a Administração Pública, bem como, praticamente, toda a execução da licitação. Enfim, em apertadíssima síntese, o pregão eletrônico é a maneira de realizar a modalidade pregão valendo-se da Internet.

O saudoso doutrinador Hely Lopes Meirelles (2005, p.321) também expõe a sua definição sobre modalidade licitatória em comentário, ao lecionar que:

Pregão eletrônico é aquele efetuado por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, ou seja, por meio de comunicação pela internet. Está previsto no § 1º do art. 2º da Lei 10.520/2002. Seu regulamento foi aprovado pelo Dec. 3.697, de 21.12.2000, expedido ao tempo da medida provisória anterior, mas que continua em vigor, por não ter havido qualquer modificação a respeito. Seu procedimento segue as regras básicas do pregão comum, mas, como é evidente, deixa de correr a presença física do

pregoeiro e dos participantes, já que todas as comunicações são feitas por via eletrônica.

Superada a fase de definições sobre o Pregão Eletrônico, expor-se-á as seus apontamentos gerais, abordando o seu surgimento, evolução e a sua aplicabilidade pela Administração Pública.

5.2.2 Aspectos Gerais

A modalidade do Pregão veio a lúmen em nosso ordenamento jurídico-administrativo com o advento da Lei nº 9.472/1997, tendo incidência exclusiva no âmbito da Agência Nacional de Telecomunicações, a ANATEL, discorrendo sobre o tema Joel de Mendes Niebuhr (2006, p. 26) disciplina que:

[...], o pregão surgiu através da Lei n. 9.472/97, de 16 de junho de 1997, aplicado exclusivamente no âmbito da ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações). A propósito, percebe-se que a modalidade pregão, não é, a bem dizer, uma novidade, porquanto já existe há alguns anos. Depois disso, o Regulamento Geral de Contratações da própria ANATEL (Resolução n. 005/98) regrou em detalhes essa modalidade de licitação, já com as suas características conceituadas, [...].

Portanto, por ser benéfico ao Poder Público, comprovando sua eficiência no âmbito da Agência Nacional de Telecomunicações, o pregão teve reconhecida a sua eficácia com o advento da Medida Provisória nº 2.026 editada em 4 maio de 2000, sobre esta medida provisória Odete Medauar (2008, p. 184-185) ensina que:

[...], instituiu no âmbito da União a modalidade denominada pregão. A Lei 10.520, de 17.07.2002, resultante da conversão da medida provisória, estendeu-se aos Estados, Distrito Federal e Municípios. Destina-se à aquisição por quaisquer interessados, de bens e serviços comuns, sem limite de valor, em que a disputa é feita por meio de propostas e lances em

sessão pública. O Dec. 3.555, de 08.08.2000, fixou o regulamento do pregão. [...].

Do mesmo modo, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 511): “O pregão que nascera inconstitucional, mas em decorrência da Lei nº 10.520, de 17.7.2002 fora convalidado, [...]”. (MELLO, 2007, p.540).

Portanto, estas são algumas das definições doutrinárias e aspectos gerais do pregão, seja este, presencial ou eletrônico. Em seguida passaremos a questão dos bens e serviços comuns.

Para uma melhor compreensão sobre o objeto de nosso estudo, o Pregão Eletrônico, torna-se necessário, tecer breves considerações sobre bens e serviços comuns, já que, a forma de aquisição destes pela Administração Pública é a razão de existência desta modalidade licitatória.

5.3 BENS E SERVIÇOS COMUNS

Como dito anteriormente a aquisição de bens e serviços comuns pela Administração Pública é a razão de ser do Pregão, de modo que tal preceito está legalmente fundamentado no *caput* do art. 1º da Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002, in verbis: “Art. 1º. Para a aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta lei” (BRASIL, Lei n. 10.520/02).

O conceito legal de bens e serviços está inserido no parágrafo único do artigo supracitado, o qual determina que:

Art. 1º. [...].

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

Concernente ao conceito legal de bens e serviços comuns apresentado pela Lei n. 10.520/2002, Hely Lopes Meirelles (2005, p.318) disciplina o seguinte:

Bens e serviços comuns – diferentemente das outras espécies de licitação, em que a modalidade é estabelecida em função do valor do objeto licitado, o pregão destina-se à aquisição de bens e serviços comuns. Nos termos do citado diploma, consideram-se bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado (art. 1º, § 1º). O conceito legal é insuficiente, visto que, a rigor, todos os bens licitados devem ser objetivamente definidos, em descrição sucinta e clara (Lei 8.666/93, art. 40, I). o que caracteriza os bens e serviços comuns é a sua padronização, ou seja, a possibilidade de substituição de uns por outros com o mesmo padrão de qualidade e eficiência. Isso afasta desde logo os serviços de Engenharia, bem como todos aqueles que devem ser objeto de licitação nas modalidades melhor técnica ou técnica e preço. [...].

Nesta senda, torna-se oportuno a transcrição dos ensinamentos doutrinários de Joel de Mendes Niebuhr (2006, p.298) acerca de o que seja bens e serviços comuns e as situações em que o Pregão, Eletrônico ou Presencial, pode ser aplicado, vejamos:

Impede afirmar, por via de consequência, que a modalidade pregão, quer presencial, quer eletrônico, pode ser utilizada em relação às licitações para a mesma espécie de bens e serviços, aqueles qualificados como comuns. Isto é, por força da ascendência da Lei n. 10.520/2002 sobre os decretos, o pregão presencial e o eletrônico incidem nas mesmas situações, para a aquisição de bens e para a prestação de serviços considerados comuns, sem que haja entre eles qualquer diferença substancial no que tange a esse aspecto.

Seguindo a mesma linha de raciocínio encontra-se Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 545) ao aduzir que:

[...], o “pregão” uma forma de leilão não para alienar, mas para adquirir “bens e serviços comuns”. Apresenta como característica distintiva em relação as modalidades da concorrência, tomada de preços e convite, previstas na Lei 8.666/93, pelo menos duas muito salientes. Uma a de que, ao contrário delas, em que o valor é determinante de suas variedades, o pregão é utilizável qualquer que seja o valor do bem ou serviço a ser adquirido; outra, a de que o exame da habilitação não é prévio ao exame das propostas, mas posterior a ele.

Por fim, no tocante ao exame dos bens e serviços comuns, elencados na Legislação, temos os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 541), esclarecendo os preceitos legais contidos no parágrafo único do art. 1º da lei em comento leciona:

Estes bens e serviços comuns, objeto do pregão, assim são caracterizados pelo parágrafo único do art. 1º da citada lei: "Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado". [...].

Todavia, Joel de Mendes Niebuhr destaca que o pregão é dotado de particularidades relevantes que o distingue das demais modalidades licitatórias, nestes termos:

O procedimento da modalidade pregão distingue-se dos demais em razão de três características principais, afora outras de menor relevância. [...]. Em primeiro lugar, o pregão deve ser utilizado para as licitações cujos objetos se constituem bens e serviços considerados comuns que – conforme dicção legal (§ 1º do artigo 1º da Lei n. 10.520/02) – são aqueles que podem ser definidos no edital por meio de especificações usuais no mercado. [...]. (NIEBUHR, 2006, p. 24).

Uma vez superado o estudo da empregabilidade do pregão pela Administração Pública, passaremos agora a análise de suas fases, abordando suas características, gerais e particulares desta nova modalidade licitatória, para que desta forma possamos alcançar um conhecimento satisfatório sobre o objeto do presente estudo, o pregão eletrônico.

5.4 AS FASES DO PREGÃO ELETRÔNICO

A doutrina pátria costuma dividir o pregão eletrônico em duas fases, interna e externa, as quais possuem características próprias e que merecem ser estudadas separadamente para um melhor compreensão de suas particularidades.

5.4.1 fase interna do pregão eletrônico

A fase interna do pregão eletrônico representa a sua fase preliminar, a qual é bastante similar a do pregão presencial, corroborando esta ideia Joel de Mendes Niebuhr (2006, p. 343) leciona que:

O Decreto Federal n. 5.450/05 não vincula grandes inovações ou especificidades maiores em relação à fase preparatória do pregão eletrônico, seguindo praticamente as mesmas regras e sistemática do pregão presencial. As novidades e as especificidades do pregão eletrônico atingem propriamente o processo do certame, compreendendo a ordem dos atos, formalidades, requisitos e competências. (NIEBUHR, 2006, p. 343).

Nesta senda, torna-se imperioso, trazermos a baila as discussões sobre a fase interna do pregão presencial, de modo a compará-lo com a sua forma informatizada. Sobre o assunto, leciona Hely Lopes Meirelles (2005, p.319):

Fase interna do pregão – Como em toda as modalidades de licitação, o pregão possui também uma fase preparatória, que se passa no âmbito interno do órgão ou entidade responsável pela aquisição dos bens e serviços desejados. Esta fase interna inicia-se com o ato da autoridade competente pelo qual justifica a necessidade da contratação, define seu objeto, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, com fixação dos prazos para o fornecimento (art. 3º, I).

Portanto a fundamentação legal da fase interna do pregão eletrônico está suplantada no art. 3º, da Lei n. 10.520 de 2003.

Joel de Mendes Niebuhr (2006, p. 346), ao comentar acerca da fase interna do pregão salienta que existem algumas circunstâncias indispensáveis para a sua realização, posto ser:

[...], obrigatória: a) a elaboração de minuta do futuro contrato, que e anexo obrigatório ao edital, em razão da aplicação subsidiária do inciso III do § 2º do artigo 40 da Lei n. 8.666/93; b) a divulgação, também com anexo obrigatório ao edital, do orçamento estimado em planilhas, por força da aplicação subsidiária do inciso II do §2º do artigo 40 da Lei n. 8.666/93; c) a previsão de recursos orçamentários, [...]; d) o cumprimento dos incisos I e II do artigo 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal, nos casos do pregão eletrônico que importar criação, expansão ou aperfeiçoamento da ação

governamental; e) e a aprovação do edital pela consultoria jurídica, haja vista a aplicação subsidiária do parágrafo único do artigo 38 da Lei n. 8.666/93.

Sob esta ótica, a doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 384-385) aduz que, embora existam semelhanças entre os procedimentos do Pregão, seja Presencial ou Eletrônico, estes possuem suas particularidades ao lecionar que:

No caso do pregão eletrônico, regulamentado pelo Decreto n. 5.450, de 31-5-2005, as fases do procedimento são as mesmas. Porém, há algumas exigências a mais, que podem ser assim resumidas: a) o sistema eletrônico será dotado de recursos de criptografia e de autenticação que garantam condições de segurança em todas as etapas do certame [...]; b) o procedimento é conduzido pelo órgão ou entidade promotora da licitação, com o apoio técnico e operacional da Secretaria de Logística de Tecnologia de Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que atuará como provedor do sistema eletrônico, [...]; c) tem que haver prévio credenciamento, perante o provedor, da autoridade competente do órgão promotor da licitação, do pregoeiro, dos membros da equipe de apoio técnico e dos licitantes, [...]; f) as propostas são apresentadas pelo sistema eletrônico [...], podendo ser substituídas ou retiradas até a abertura da sessão; [...]; h) os lances são feitos pela Internet, podendo ser apresentados sucessivamente pelo mesmo licitante, desde que para reduzir o valor; durante essa fase, os licitantes são informados do valor do menor lance registrado, sem identificação de quem o apresentou.

Superado o estudo da fase interna do pregão, passaremos agora a fase externa desta modalidade licitatória abordando de forma sucinta seu objetivo, a sua aplicabilidade no procedimento licitatório e as características particulares desta etapa do pregão eletrônico.

5.4.2 Fase externa do pregão eletrônico

No que se refere ao estudo da fase externa do pregão eletrônico, sua condução precedente a decisão das propostas apresentadas, pertinentes aos ditames legais da legislação correlata, Joel de Mendes Niebuhr (2006, p. 354) disciplina o seguinte:

O caput do artigo 21 do Decreto Federal n.5.450 prescreve que, "após a divulgação do edital no endereço eletrônico, os licitantes deverão encaminhar proposta com descrição do objeto ofertado e o preço, e, se for o caso, o respectivo anexo, até a data e hora marcadas para a abertura da sessão, exclusivamente por meio do sistema eletrônico, quando, então, encerra-se, automaticamente, a fase de recebimento de propostas". Em complemento, o § 1º do mesmo artigo 21 enuncia que "a participação no pregão eletrônico dar-se-á pela utilização da senha privativa do licitante".

Ressaltando-se a questão de o Pregão Eletrônico guarda em seu âmago fundamentos legais da forma dita Presencial, Hely Lopes Meirelles (2005, p.321) ao abordar a questão de início da fase externa do pregão eletrônico aduz que:

A fase externa do pregão inicia-se com a convocação dos interessados por meio de aviso no Diário Oficial da União e, facultativamente, por meios eletrônicos (Internet) e em jornais de grande circulação. Do aviso deverão constar a definição do objeto e a indicação do local, dias e horários em que poderá ser lida ou obtida a íntegra do edital e poderão ser recebidas as propostas. Esse prazo não poderá ser inferior a oito dias úteis.

O pregão eletrônico possui uma peculiaridade marcante em relação as demais modalidades de licitação, a inversão das fases de licitação, sobre este tema torna-se indispensável a transcrição das lições doutrinárias de Joel Mendes Niebuhr (2006, p. 24), ao disciplinar que:

[...], na modalidade pregão opera-se a inversão das fases de licitação tais como tradicionalmente dispostas na Lei n. 8.666/93, em que, inicialmente, se procede à habilitação e depois dela, ao julgamento das propostas. No pregão, como dito, ocorre o inverso, primeiro são julgadas as propostas, para depois proceder à habilitação, de modo que se imprime celeridade à licitação. Em terceiro lugar, a fase de julgamento na modalidade pregão é dividida em duas etapas. De pronto, abrem-se todas as propostas escritas, que são postas em ordem de acordo com os preços, [...], são convidados a oferecerem novas propostas, de forma oral e alta voz, dando-se oportunidade para que cada um deles descubra o preço oferecido pelos outros, até que alcance o menor preço.

Por seu turno, a insigne doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 382) ao comentar sobre a disciplina legal da questão, ora em comento, ressalta:

Quanto a fase, está disciplinada no artigo 4º, em 23 incisos que descrevem os vários atos do procedimento, que compreende basicamente as seguintes fases: edital, julgamento e classificação, habilitação do licitante vencedor,

adjudicação e homologação. Ainda nessa fase, será designado o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição consiste em receber as propostas e lances, analisar a sua aceitabilidade e sua classificação, fazer a habilitação e a adjudicação do objeto da licitação ao vencedor, [...].

No que tange a existência de aspectos comuns entre o Pregão Presencial e o Eletrônico, Marçal Justem Filho (2004, p. 390) ressalta a existência de diferenças relevantes entre a modalidade presencial e eletrônica, a respeito dos editais que dão início aos procedimentos licitatórios nestas duas modalidades, *in verbis*:

Na data e horário previstos no edital, será iniciada a sessão pública de pregão, que será desenvolvida no endereço eletrônico divulgado. Todos os interessados deverão conectar-se por meio da chave de identificação e da senha. O pregoeiro divulgará as propostas reputadas com admissíveis e passará imediatamente à fase de lances. Diversamente do que se passa no pregão comum, todos os licitantes classificados são admitidos à etapa de lances. Não existe ordem determinada para a formulação de lances. Cada interessado formulará o seu lance por meio eletrônico e o sistema rejeitará aqueles reputados não admissíveis. A etapa será encerrada por decisão do pregoeiro, o que não significa a finalização imediata. Determinando o encerramento, a programação do pregão deverá anunciar aos licitantes a perspectiva de término da disputa. A partir daí, haverá o encerramento, aleatoriamente, num período de tempo de até trinta minutos.

Nesta senda, há um ponto importante que merece ser mencionado, a revogação do pregão, nos casos de ocorrência de algo imprevisto quando do início do procedimento licitatório, ou quando o processo licitatório não cumprir o seu objetivo, qual seja atender o interesse público. A fundamentação legal para a revogação do pregão encontra-se disciplinada no *caput* art. 49, da Lei n. 8.666/1993, *in verbis*:

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado. [...].

Mediante a transcrição do artigo supracitado torna-se oportuno destacarmos também as disposições legais do art. 9º da Lei n. 10.520/2002, o qual complementa o artigo mencionado anteriormente, *in verbis*: “Art. 9º. Aplicam-se

subsidiariamente, para a modalidade pregão as normas da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993” (BRASIL, Lei n. 10.520/02).

Portanto, revogação é feita quando for comprovado que o certame foi realizado contrariando os preceitos legais pertinentes, bem como, quando o objeto licitado deixar de ser oportuno e conveniente para a Administração Pública.

6 CONCLUSÃO

Ante tudo aquilo que foi exposto nos capítulos anteriores, resta claro que as licitações são o principal meio de formação da relação contratual entre o Poder Público e os particulares. O Direito Administrativo ao versar sobre licitações emprega a devida atenção e respeito que merece o tema, já que este trata de bens e interesse públicos, calcado em fundamentos constitucionais inafastáveis, como os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Cumpre salientar que, o estudo não esgotou a complexidade dos temas que envolvem o Pregão Eletrônico, mas, expôs de forma sucinta, objetiva e transparente a sua formação e evolução ao longo da história do processo licitatório pátrio.

Com o intuito de apresentar um trabalho digno de reconhecimento, a presente pesquisa buscou fundamentação na legislação pátria pertinente, na jurisprudências de nosso Supremo Tribunal Federal e doutrina, sendo que para a apresentação desta última, o foco fora dividido em duas óticas, uma abordando os conceitos gerais de licitação aplicados a todas as modalidades e outras com o olhar voltado especificamente para a modalidade que se destaca no estudo, qual seja, o Pregão Eletrônico.

No que tange ao segundo capítulo da pesquisa, evidenciou-se que ao Poder Público só é dada à possibilidade de contratar com o particular através de um procedimento administrativo envolto em complexidade de seus atos, chamada licitação.

Ao seu tempo, vimos no terceiro capítulo que o procedimento licitatório encontra-se dividido em duas etapas básicas onde cada uma delas possui atributos próprios que as diferenciam. Ressaltou-se também a importância dessas duas fases durante a realização do processo licitatório ao mencionar que em caso de violação das regras impostas em cada todo o processo licitatório poderá ser anulado. Desta forma, o terceiro capítulo teve como intento a descrição da realização da audiência pública, o modo como esta acontece, os atributos para que esta seja reputada como

eficaz. Oportunamente foi expostos as questões acerca do edital, os atributos que este deve preencher para conceber legalidade ao procedimento licitatório, já que, é por meio do edital que se concretiza o princípio da publicidade, posto que, é no edital que estão contidas todas as informações acerca do certame licitatório.

Em seguida, foi dado continuidade ao estudo ressaltando a fase de habilitação dos concorrentes ao processo licitatório, sendo feito os apontamentos necessários sobre a entrega da documentação que atesta a capacidade exigida para participar da licitação, de mesmo modo, as propostas dos participantes, para que possa a Administração Pública, pautada nos princípios que regem as licitações, escolher aquela mais vantajosa e oportuna, atendendo assim o interesse público.

Após os devidos esclarecimentos acerca do edital, audiência pública e a fase de habilitação dos interessados em participar do certame licitatório, passamos a analisar as etapas de homologação do resultado e adjudicação do objeto da licitação ao vencedor. Ao final, salientou-se sobre a possibilidade de anulação ou revogação da licitação em caso de ilegalidade em algumas das fases já mencionadas.

Posteriormente, no quarto capítulo, foram apresentadas as modalidades de licitação, com suas fundamentações legais, definições doutrinárias. Consequentemente comprovou-se que o certame licitatório é formado por um complexo de procedimentos vagarosos, os quais não representam a vontade do Poder Público, razão que impeliu a necessidade de criação de uma nova modalidade, o pregão eletrônico, mais célere, prática e livre de entraves burocráticos.

No quinto capítulo, foram tecidas breves considerações sobre o Pregão, de forma a abranger as suas duas modalidades, Presencial e Eletrônico. Em seguida, o foco do trabalho foi direcionado para o estudo do Pregão em sua forma informatizada, qual seja, o Pregão Eletrônico, pelo fato de que não pode o Poder Público ficar silente perante os avanços tecnológicos, como a internet por exemplo, os quais, aplicados de forma ordenada mostram-se como uma importante ferramenta administrativa.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2008.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF: Senado, 1988.

BRASIL, Decreto-Lei n. 3.697/2000. Regulamenta o parágrafo único do art. 2º da Medida Provisória n. 2.206-7, de 23 de novembro de 2000, que trata do pregão por meio da utilização de recursos da tecnologia da informação. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 dez. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3697.htm>. Acesso em 04 de fev. 2011.

BRASIL, Decreto-Lei n. 5.450/2005. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 de mai. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm>. Acesso em 04 de fev. 2011.

BRASIL, Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, XXI da Constituição Federal, institui normas para as licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em 03 de fev. 2011.

BRASIL, Lei n. 10.520 de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para a aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 jul. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm>. Acesso em 03 de fev. 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Súmulas**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em 10 de fev. de 2011.

BRAZ, Petrônio. Processo de licitação, contrato administrativo e sanções penais. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2007.

DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

JUSTEM FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 12 ed. ver. Atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 30 ed., atualizada por Eurico de Andrada Azevedo; Délcio Balestero Aleixo; José Emmanuel Buri e Filho. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed. ver., atual., até a Emenda Constitucional 53 de 19.12.2006. São Paulo: Malheiros, 2007.

NIEBUHR, Joel de Mendes. **Pregão presencial e eletrônico**. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2004.

SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à constituição**. 4. ed. de acordo com Emenda Constitucional n. 53, de 19.12.2006. São Paulo: Malheiros, 2007.