

CARLOS FABRICIO GRIESBACH

**LICITAÇÃO:
INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO**

BACHARELADO EM DIREITO

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

FLORIANÓPOLIS - 1998

CARLOS FABRICIO GRIESBACH

**LICITAÇÃO:
INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO**

**Monografia apresentada para a obtenção do grau
de Bacharel em Direito, Faculdade de Direito,
Universidade Federal de Santa Catarina.**

Orientador: Prof. Mário Lange de S. Thiago.

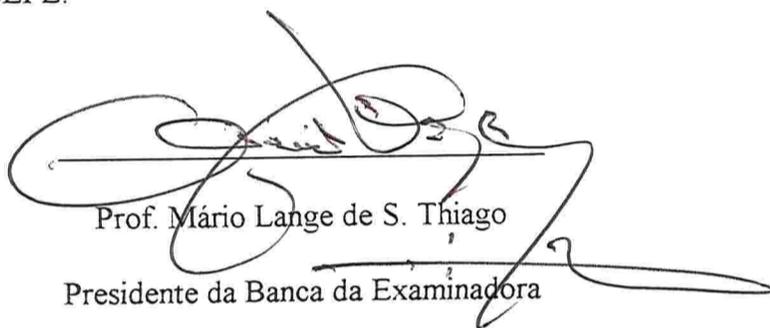
FLORIANÓPOLIS - 1998

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

DEPARTAMENTO DE DIREITO

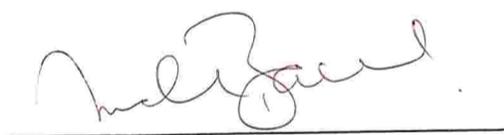
A presente monografia intitulada **LICITAÇÃO: INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO**, elaborada por **CARLOS FABRICIO GRIESBACH** e aprovada pela banca examinadora composta pelos professores abaixo assinados, obteve a aprovação com nota **9,0 (nove)**, sendo declarada adequada para o cumprimento do requisito previsto no artigo 9º. da Portaria n. 1.886/94/MEC, regulamentado na Universidade Federal de Santa Catarina pela Resolução n. 003/95/CEPE.



Prof. Mário Lange de S. Thiago
Presidente da Banca da Examinadora



Prof. Dr. Indio Jorge Zavarizi
Membro da Banca Examinadora



Prof. Msc. Welber Oliveira Barral
Membro da Banca Examinadora

Florianópolis, 15 de dezembro de 1998.

O maior legado que um homem pode deixar é
a história da sua vida.

Aos meus queridos pais, Carlos e Dione, pelo amor dedicado aos filhos, empenhados na labuta do dia a dia para ver concretizado o sonho deste estudante.

A Lorena e Gustavo o amor do irmão,

Ao meu sobrinho Henrique a promessa de um grande futuro.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Mário Lange de S. Thiago, pela oportunidade que me proporcionou em ser seu orientando, sempre obstinado em transmitir o conhecimento técnico dentro de uma percepção maior de mundo.

Aos meus amigos João, pelo resultado das discussões jurídicas, e Paula, companheira nas horas mais difíceis.

Ao amigo André Zacchi que muito me ajudou nesta monografia e em nome de quem agradeço a todos os outros “Amigos do Peito” pelo convívio de todos esses anos dentro do Centro Acadêmico XI de Fevereiro e na Academia de Direito, que com certeza deixarão saudades.

À Velha Alfaiataria do Didico (Faculdade de Direito da UFSC), símbolo da vanguarda catarinense, pelos ensinamentos dos grandes mestres que levarei para a vida.

SUMÁRIO

RESUMO	8
INTRODUÇÃO.....	9
I - DA LICITAÇÃO.....	13
1.1-CONCEITO.....	14
1.2 - HISTÓRICO.....	16
1.3 - NATUREZA JURÍDICA.....	23
1.4 - LEI N. 8.666/93.....	26
II - PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO.....	32
2.1- CONCEITO DE PRINCÍPIO.....	33
2.2 - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS GERAIS.....	36
2.2.1- PRINCÍPIO REPUBLICANO.....	37
2.2.2 - PRINCÍPIO DA ISONOMIA.....	39
2.3 - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ESPECIAIS.....	42
2.3.1 - PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSE PÚBLICOS.....	43
2.3.2 - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	45
2.3.3 - PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE.....	46
2.3.4 - PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE.....	47
2.3.5 - PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.....	48
2.3.6 - PRINCÍPIO DA LICITAÇÃO.....	50
2.4 - PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO.....	53
2.4.1 - PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO.....	54
2.4.2 - PRINCÍPIO DO JULGAMENTO OBJETIVO.....	55
2.5 - OUTROS PRINCÍPIOS.....	57
III - INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO.....	59
3.1 - CONCEITUAÇÃO.....	60
3.2 - PUBLICIDADE DO EDITAL.....	69
3.3 - ESTRUTURA BASE DO EDITAL.....	73
3.3.1 - ELEMENTOS INTRODUTÓRIOS.....	73
3.3.2 - DESCRIÇÃO DO OBJETO.....	75
3.3.3- UNIVERSO DOS PROPONENTES.....	80
3.3.4 - DELIMITAÇÃO DAS PROPOSTAS.....	85
3.3.5 - CRITÉRIOS DE JULGAMENTO.....	90
3.4 - VÍCIOS DO EDITAL.....	101
3.5 - SANEAMENTO DO EDITAL.....	105
3.5.1 - CONTROLE INTERNO.....	106
3.5.2 - CONTROLE PELO TRIBUNAL DE CONTAS.....	106
3.5.3 -IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA DO EDITAL.....	108
3.6 - EDITAL DE LICITAÇÃO INTERNACIONAL.....	114
3.6.1 - LICITAÇÃO INTERNACIONAL DE ENTIDADE BRASILEIRA.....	114
3.6.2 - LICITAÇÃO INTERNACIONAL DE ENTIDADE ESTRANGEIRA.....	118
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	123
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	129

RESUMO

Esta monografia objetiva tratar do procedimento licitatório especificamente no que diz respeito ao princípio do instrumento convocatório. O estudo buscou sempre além de uma visão técnico-jurídica também questões práticas pertinentes.

O autor procurou fornecer ao leitor um panorama global do instituto da licitação, começando pelos primórdios da licitação no Brasil-Colônia até chegar na atual Lei n. 8.666/93.

Em seguida fez-se uma abordagem principiológica acerca do tema salientando a importância capital de se instrumentalizar os princípios como forma de integração das normas ao caso prático.

Por último, tratou-se especificamente da concretização do princípio do instrumento convocatório sempre relacionando a doutrina, a jurisprudência e a prática da Administração Pública. A coleta de casos práticos forneceu um estudo dinâmico apontando os vícios mais comuns dos Editais e o seu saneamento.

INTRODUÇÃO

A presente monografia resultou de um trabalho de mais de um ano na busca de amadurecimento do tema. O que iniciou como tarefa obrigatória para obter o título de Bacharel em Direito, terminou por constituir-se em gratificante aprendizado das especificidades da licitação pública.

A escolha desse tema foi determinado pela importância que o procedimento licitatório assume na Administração Pública. O Estado ao buscar conseguir seus fins, necessita de recurso básico para atender os anseios da sociedade. Essa infra-estrutura se aplica na contratação de obras, serviços ou bens com particulares. Para tanto, o Estado não pode avançar com quem aleatoriamente melhor lhe aprouver, mas precisa agir segundo procedimento pré-estabelecido em lei e no Edital.

O instituto da licitação está embasado nas idéias de república e igualdade. Por isso, uma sociedade sem castas e privilégios deve oferecer igualdade de oportunidade a todos os interessados em avançar com o poder público. Ademais, esse procedimento visa dar transparência à relação entre a Administração e os administrados, pois, na *res publica*, não há lugar para apadrinhamentos ou tratamentos privilegiados. Em razão disso, o Texto Constitucional estabeleceu como inarredável no instituto licitatório a busca da melhor proposta e de igualdade de condições aos interessados em participar do certame.

Há provas de que, ao longo da história política brasileira, a licitação foi utilizada como condão jurídico para legitimar e camuflar práticas de fraude ao erário público. Foi esse o motivo que nos induziu a escrever sobre o tema, no intuito de contribuir para que o direito e a sociedade brasileira afastem práticas lesivas ao interesse social.

A delimitação do tema - **Licitação: Instrumento Convocatório** - justifica-se pela importância capital que o instrumento convocatório, Edital ou Carta-Convite, tem dentro do certame licitatório. A adequação do ato convocatório evita vícios, que, geralmente, são destinados a alijar proponentes não favoritos e privilegiar os apaniguados dos donos do poder. Portanto, esta monografia visa subsidiar a compreensão de elementos jurídicos capazes de propiciar certames licitatórios bem mais convenientes ao interesse público.

O trabalho desenvolve-se em três momentos. O primeiro tem considerações gerais sobre a licitação. Parte de abordagem conceitual do instituto, passando por análise crítico-evolutiva, até chegar aos aspectos constitucionais, como a competência da União para estabelecer normas gerais de licitação e contratos administrativos e para definir constitucionalmente a licitação, encerrando com uma visão panorâmica da Lei n. 8.666/93, que disciplina tal matéria.

O segundo busca compor uma sistematização principiológica acerca da licitação. Adota-se a classificação de princípios licitatórios de Jessé Torres Pereira Jr. na qual o autor fez algumas inserções, conforme sua percepção. Buscou-se fornecer ao leitor

uma instrumentalização para que, frente aos casos práticos, possa valer-se dos princípios estudados. Salienta-se a importância dos princípios como forma integrativa do fato à finalidade da norma.

O terceiro momento constitui o cerne deste trabalho. O instrumento convocatório é a espinha dorsal da licitação. Suas disposições vão orientar todas as fases subsequentes, desde a documentação suplementar exigida para a habilitação, os critérios para o julgamento da melhor proposta até o cumprimento pontual do futuro contrato administrativo. Qualquer questão duvidosa deve ser analisada à luz do Edital, sob pena de invalidar o ato administrativo que extrapolar exigências que não estejam especificadas no instrumento convocatório. Procurou-se fazer análise exaustiva dos pontos mais importantes do Edital que geram controvérsias. A coleta de casos práticos, seja na confecção de Editais, seja nos pronunciamentos sobre vícios por via administrativa, no Tribunal de Contas, ou judicial, no Tribunal de Justiça de Santa Catarina e no Superior Tribunal de Justiça, constitui objeto da preocupação do autor no intuito de examinar princípios, doutrina, prática da Administração e a Lei n. 8.666/93. Além disso, teceram-se alguns comentários sobre certame internacional, promovido no Brasil ou por país estrangeiro.

Durante o trabalho de pesquisa jurisprudencial, o autor encontrou voto magnífico do Ministro José Delgado, do STJ, que muito bem expressa ponto de vista que aqui se adota, bem como a importância capital do tema na conjuntura atual de reforma do Estado e despertar à cidadania por que passamos hoje, conforme segue:

“ O Judiciário do final do século XX, mais do que o Judiciário dos anos que já se passaram, encontra-se voltado para fenômenos que estão alterando o atual

ordenamento jurídico brasileiro, onde a vontade dos que atuam como agentes públicos há de ser subordinada, com mais intensidade, à lei interpretada sua função de valorizar os direitos subjetivos dos cidadãos e das entidades coletivas que se envolvem com serviços concedidos ou permitidos a serem prestados à sociedade. Não deve ser, portanto, ancoradouro para prestigiar desvios comportamentais que, por via de atos administrativos, importem em distorção absoluta da realidade. (...) Não há como se prestigiar, em um regime democrático, solução administrativa que acena para imposição da vontade pessoal do agente público e que se apresenta como desvirtuadora dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da igualdade, da transparência e da verdade.” (Mandado de Segurança n. 5.286/DF - STJ, DJU 09.03.98)

Por fim, convida-se o leitor a mergulhar neste trabalho, que, além da busca do conhecimento técnico, não esconde o compromisso com uma Administração Pública proba, destinada a atender, exclusivamente, o interesse público.

I - DA LICITAÇÃO

1.1 - DEFINIÇÃO. 1.2 - HISTÓRICO. 1.3 - NATUREZA JURÍDICA. 1.4 - LEI N. 8.666/93.

1.1-CONCEITO

A licitação é o procedimento administrativo antecedente necessário ao contrato administrativo. Objetiva-se, com ele, selecionar o interessado que melhor atenderá o interesse público. O certame pautar-se-á sempre pelo binômio igualdade de condições e proposta mais vantajosa. Sem estes requisitos, não há como falar em licitação.

Tema que se discute atualmente é a inconveniência da licitação, rotulando-a como obstáculo para a eficiência do Estado. Contudo, ainda que assim fosse, esse procedimento é um instrumento moralizador dos gastos públicos. A licitação permite relação de transparência entre os administrados e os administradores. Esse instrumento democrático assegura ao cidadão a consecução do princípio da livre concorrência, afastando os apadrinhamentos. Passemos a uma investigação terminológica da expressão licitação.

Licitar é o ato de disputar, com outros interessados, um bem. Nessa esteira, convém aduzir a definição do mestre De Plácido e Silva acerca do termo *licitação*. “Do latim *licitatio*, dos verbos *liceri* ou *licitari* (lançar em leilão, dar preço, oferecer lance), possui o vocábulo, em sentido literal, a significação do ato de licitar ou fazer preço sobre a coisa posta em leilão ou a venda em almoeda.”¹

Objetivando aguçar a compreensão do instituto, reservamos lugar para algumas definições relevantes na doutrina de direito público. Convém recordar as lições de

¹ De Plácido e Silva. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. Vol. III, p. 88-89.

Hely Lopes Meirelles. Em explicação concisa, ele diz que licitação é o “procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse”².

Na busca da precisão terminológica, Celso Antônio Bandeira de Mello circunscreve a licitação a “um 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.”³ O referido autor tenta abarcar, nesta exposição, todos os elementos do certame, desde quem está obrigado a licitar, a saber, a pessoa governamental, ou seja, a Administração direta e indireta dos três poderes, até as regras preestabelecidas no Edital.

Para José Afonso da Silva, em artigo intitulado *O prefeito e o município*, licitações são “procedimentos administrativos, unilaterais, vinculados e preparatórios ou preliminares dos contratos de compra e venda, de serviços e obras de que participa a Administração Pública”⁴.

² Hely Lopes Meirelles. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1979. 4ªed. p. 6

³ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Licitação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1980. p. 01.

⁴ Apud Adilson Abreu Dallari. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. São Paulo: Saraiva. 1997. p. 29

Relevante é a definição do argentino Miguel S. Marienhoff, segundo a qual a licitação pública “consiste en un procedimiento de selección del cocontratante de la Administración Pública que, sobre la base de una ‘previa’ justificación de idoneidad moral, técnica y financiera, tiende a establecer qué persona o entidad es la que ofrece el ‘precio’ más conveniente para el Estado”⁵.

Por último, importa citar os ensinamentos de Thoshio Mukai, que define licitação como *invitatio ad offerendum*, isto é, um convite do Poder Público aos administrados para que façam suas propostas e tenham a chance de ser por ele contratados, para lhe executarem uma prestação (de dar ou fazer) determinada⁶.

O autor deste trabalho concorda que a licitação se caracteriza por um procedimento administrativo em que as esferas da Administração Pública, através de normas e princípios, manifestam à sociedade a decisão de realizar um futuro contrato, selecionando, ao final, a proposta que melhor atenda ao interesse coletivo primário.

1.2 - HISTÓRICO

O instituto da licitação existe na Administração Pública brasileira há mais de

⁵ Miguel S. Marienhoff. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1974. Tomo III-A, p. 180-181.

⁶ Toshio Mukai. *Estatutos Jurídicos de Licitações e Contratos Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1992. 3ª ed. p. 01.

um século. O Estado, para realizar seus fins, atender as demandas sociais, educação, saúde, segurança entre outros, necessita fazer contratos de fornecimento de matérias-primas, de prestação de serviços, com particulares. Portanto, a história das compras públicas se confunde com a própria história do Estado.

Apesar de a bibliografia sobre o tema de licitação ser vasta, não se observa a preocupação da abordagem histórico-evolutiva do instituto. Exíguas são as contribuições da doutrina brasileira neste ponto.

Essa crítica parece importante porque toda a compreensão da seara licitatória deve ser entendida em cada momento da estrutura política brasileira. Não adianta, por exemplo, dissecarmos o Decreto-Lei n. 200/67, na parte relativa à licitação, e não inserirmos esta norma no contexto político da época, qual seja, regime militar, reforma do Estado, obras faraônicas etc. Assim, norma reguladora e momento histórico caminham juntos para a compreensão do instituto.

Com vistas as prerrogativas do cidadão, a competição licitatória tem várias funções, dentre elas sobressaem duas: primeiro, resguardar a sociedade contra abusos nos gastos públicos; segundo, proporcionar a qualquer interessado travar contrato com a Administração em igualdade de condições. No entanto, essas funções de controle e garantia do Estado Democrático de Direito não se fizeram presentes na história do instituto no Brasil. Utilizou-se desse instrumento para encobrir verdadeiros assaltos ao erário público, ao longo da história, sob aparência de legalidade.

Os donos do poder utilizaram a licitação como recurso para barganhas políticas. Essas considerações servem para mostrar a relevância do tema, presente em qualquer momento histórico. Um procedimento que deveria ser pautado pela isonomia, oportunizando a todos as mesmas condições de competição, foi utilizado para excluir cada vez mais interessados em concorrer e para privilegiar os “bem-nascidos”. Através da deficiência na comunicação, exigências absurdas, entre outras, o fato é que a licitação serviu como condão jurídico para a prática de favoritismo e apadrinhamento.

A regulamentação das compras públicas é anterior à constituição do Estado Brasileiro. O princípio da concorrência já era expresso no Brasil-Colônia, quando estávamos subordinados aos ditames da metrópole, Portugal. O primeiro diploma que em nosso solo exteriorizava o princípio da concorrência foi insculpido nas Ordenações Filipinas, livro 6º., título 66º., par. 39, “... não se fará obra alguma **sem primeiro andar em pregão**, para se dar de empreitada a quem houver de fazer e por menos preço...”⁷. Observa-se a preocupação, desde aquela época, com a economia e a qualidade da obra pública.

Posteriormente, adveio, com a formação do Estado Nacional, segundo relato da contabilidade pública brasileira, o “Decreto n. 2.926, de 14.05.1862, que regulamentava as arrematações dos serviços a cargo do então Ministério da Agricultura, Commercio e Obras Públicas”⁸. Seguidos a esse, muitos outros regulamentos foram

⁷ Luciano Benévolo de Andrade. *Do Princípio da Concorrência e o Ajuste Direto*. Curitiba: Imprensa da Universidade Federal do Paraná. 1966. p. 69.

⁸ Jessé Torres Pereira Jr. *Comentários À Lei Das Licitações e Contratações da Administração Pública*. São Paulo: Renovar. 1994. p. 01

editados. A Concorrência Pública consolidou-se como procedimento administrativo vinculado a todas as instâncias da Administração Pública com a publicação do Código de Contabilidade da União, Decreto n. 4.536, de 28.01.1922, e seu regulamento geral, aprovado pelo Decreto n. 15.783, de 08.11.1922.

Este Código sistematizou toda a legislação esparsa que dispunha sobre normas de direito financeiro e administrativo até então. Entre as normas administrativas, o Código de Contabilidade instituiu a Concorrência, meio pelo qual as repartições do Estado adquiriam materiais e gêneros para o seu consumo, alienavam bens, arrendavam e contratavam obras e executavam serviços. O referido diploma discriminou a Concorrência, quanto ao número de interessados e à complexidade do objeto, em duas modalidades: Concorrência Pública e Concorrência Administrativa. A importância histórica dessas modalidades está presente até o momento atual no texto da Lei de Ação Popular (Lei n. 4.717/65, art. 4º., III, a), onde fala dos atos e contratos que podem ser invalidados quando “o respectivo contrato houver sido celebrado sem prévia **concorrência pública ou administrativa**, sem que essa condição seja estabelecida em lei, regulamento ou norma geral”.

Posteriormente, viu-se a necessidade de excepcionar os procedimentos citados em razão da urgência. Nasce a modalidade da Coleta de Preços, através do Decreto n. 2.206, de 20.05.1940, que autorizava o Presidente da República a realizar, em situações específicas, a compra direta.

No final da década de 60, após a edição de várias normas reguladoras da matéria licitatória, no momento da Reforma do Estado Brasileiro, definiu-se um novo contexto para a Concorrência Pública.

A legislação editada nesses anos primou por formalismos inúteis, exigências descabidas, que não guardavam relação de pertinência com o objetivo do certame. O interesse particular de benefícios se colocava à frente do interesse público. Era o cultivo de um procedimento obscuro e abandono da finalidade.

Os tempos indicavam mudanças significativas. Surgiu a tão esperada Reforma Administrativa, representada pelo Decreto-Lei n. 200/67. O referido diploma, que dispunha sobre toda organização da Administração Pública Brasileira, reservou espaço para normas relativas à licitação.

O Decreto-Lei n. 200/67 trouxe inovações propugnadas pela doutrina e interessados em travar contratos com o Estado. A inconformidade com a massa de papéis, os entraves burocráticos, a insegurança dos pagamentos, a diversidade de critérios seletivos e a ausência de divulgação adequada, eram exigências há tempo requeridas. Buscou-se a simplificação do procedimento com vistas à eficiência.

Inicialmente, a reforma administrativa prescreveu o princípio da contratação, no seu art. 10.:

“A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada. Par. 7º. Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento,

coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, **mediante contrato**, desde que exista, na área, iniciativa privada suficiente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.”

(grifo acrescido)

Manifestava-se, assim, o interesse político em dinamizar o procedimento da licitação pública. O Brasil encontrava-se às vésperas do milagre econômico, no qual o lema era “contratar é preciso”.

O Decreto-Lei n. 200/67 caracterizava-se por normas gerais sobre licitação, não tecia minúcias, como se tem hoje na Lei n. 8.666/93. O número de dispositivos era reduzido, vinte apenas, mas estes forneciam com objetividade os contornos do instituto. Três eram as modalidades licitatórias - Concorrência, Tomada de Preços e Convite - , as quais se diferenciavam pelos recursos monetários empregados, objeto pretendido, número de proponentes e alcance da publicidade.

Em plena metade da década de 80, após o agigantamento da máquina estatal durante o regime militar, o Decreto-Lei n. 200/67 não atendia às necessidades da Administração Pública. Nesse cenário de corrupção e desvio do dinheiro público é que nasceu o Decreto-Lei n. 2.300/86 para atualizar e sistematizar normas sobre licitação e contratos administrativos.

O referido Decreto conviveu com dois textos constitucionais: a Carta Magna de 1967, alterada pela Emenda n.º 1, de 1969, e a Constituição Republicana (C. R.), de 1988. O Decreto-Lei n. 2.300/86 nasceu sob a vigência da Lei Máxima de 67, que nada dispunha sobre o instituto licitatório.

Este diploma auto denominou-se “Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos...” O estatuto encerra um conjunto harmônico de normas legais que regulam determinada matéria. O sentido é de globalidade e definitividade procedimental dos institutos em questão⁹, conforme aponta Carlos Pinto Coelho Motta.

No entanto, com a promulgação da “Constituição Cidadã”, o instituto da licitação ganhou novo perfil. A Carta Máxima prescreveu, em seu art. 37, XXI, o princípio da licitação pública em toda a sua abrangência e transferiu à União competência exclusiva para editar normas gerais sobre licitação e contrato administrativo (art. 22, XXVII).

O caráter financeiro ou de gestão patrimonial do Estatuto ganhou outro conteúdo e ênfase. Buscou-se revelar o caráter de norma geral que a Carta impunha. O escopo da norma geral é de salvaguardar e concretizar o cumprimento dos princípios e uniformizar as cláusulas-padrão nas esferas administrativas da federação.

O Decreto-Lei n. 2.300/86 inovou nas modalidades da licitação, bem como na Concorrência, Tomada de Preços e Convite, conhecidas do antigo diploma; acrescentou o Concurso, quando o objetivo é a escolha de um projeto técnico ou artístico, e o Leilão,

⁹ *Apud* Toshio Mukai, ob. cit. p. 17.

para a alienação de bens. Discriminou, também, os tipos de licitação, ou seja critério base de julgamento, menor preço, melhor técnica, técnica e preço, preço-base.

1.3 - NATUREZA JURÍDICA

Para se determinar o alcance do instituto da licitação, deve-se buscar seus contornos preliminares. Dissecar qual seja a natureza da licitação é ponto de partida para o estudo do instituto.

Dessa maneira, três são as correntes que divergem quanto à natureza jurídica da licitação. Adotamos aqui os estudos de Dallari, na sua obra *Aspectos Jurídicos da Licitação*¹⁰. A divergência verte desta dúvida: se a Licitação é instituto de direito financeiro ou de direito administrativo e, se este último é um ato-condição ou um procedimento administrativo.

A corrente que filia a licitação ao instituto de direito financeiro não possui muitos adeptos no Brasil, principalmente após a promulgação da Carta Magna. Di Renzo, na Itália, e Hely Lopes Meirelles, no Brasil, são os dois expoentes na doutrina que defendem tal posição. Ambos tiveram passagem por cargos de gestão econômico-financeira

¹⁰ Adilson Abreu Dallari. *ob cit.* p. 15-30.

da Administração Pública nos seus respectivos países¹¹, fato que talvez explique essa posição.

Além desses, também, o mestre Carlos S. de Barros Júnior se filia a esta corrente, justificando que esse enquadramento se baseia na inclusão da Concorrência Pública no Código de Contabilidade da União e, portanto, parte integrante do direito financeiro. Contudo, tal argumento é desprovido de consistência, pois o Código de Contabilidade, quando tratou da Concorrência, abriu título específico com a denominação “Das normas administrativas que devem preceder o empenho das despesas”.

Conclui-se que a licitação não poderia ser matéria de direito financeiro, pois seu procedimento é mero instrumento de seleção não vinculando qualquer comprometimento orçamentário.

A Constituição fulminou a defesa dessa classificação. O Texto Constitucional instituiu, no seu art. 22, XXVII, a competência exclusiva da União para legislar sobre normas gerais de licitação; concomitantemente, delegou também à União, no art.24, I, o poder de legislar a respeito de normas de direito financeiro. Portanto, se a licitação fosse matéria de direito financeiro, não estaria em dispositivo distinto. Não resta dúvida que a matéria é de direito administrativo.

Com a interpretação do Decreto-Lei n. 2.300/86, que extrapolava a definição de normas gerais, e com toda a advertência doutrinária imposta pelo novo texto constitucional, assim mesmo, a União ratificou o mesmo caráter do antigo diploma na Lei n.

¹¹ Adilson Abreu Dallari, ob. cit., p. 15-17

8.666/93. A competência delegada à União é de legislar sobre normas gerais tão-somente e a de não legislar específica e exhaustivamente a esse respeito. Normas gerais são declarações que definem os contornos do instituto; elas não podem excluir o exercício da competência complementar das entidades federadas.

A querela relativa à classificação da licitação como norma de direito financeiro ou administrativo foi superada. No entanto, cabe apontar as divergências entre a corrente que entende o instituto como ato-condição e os que apontam ser um procedimento administrativo.

Os que optam pela definição de ato-condição valorizam a decisão da adjudicação. Essa tese é defendida pelos mestres Themistocles Brandão Cavalcanti e Gaston Jêze. Os outros atos são meros adereços de uma operação que tem por fim uma adjudicação, ou seja, um ato-condição. “O ato-condição é um ato de atribuição. A alteração por ele trazida à ordem jurídica é colocar uma pessoa determinada dentro da esfera de abrangência de regras gerais que não a atingiriam se ele não fosse praticado.”¹² Tal classificação pode servir até para parte da licitação como a apresentação das propostas que o proponente por ato individual ingressa em situação geral, porém não corresponde a todo o instituto.

Todavia, a posição doutrinária predominante considera a licitação como procedimento administrativo. O certame define-se por uma seqüência de atos que visam a um fim; a busca da proposta mais vantajosa. A licitação não coloca nenhuma pessoa em

¹² Adilson Abreu Dallari, ob. cit., p. 25-26.

situação genérica, mas sim atribui uma situação individual, à proposta vencedora, a alguém dentro de um grupo de proponentes.

1.4 - LEI N. 8.666/93

No início dos anos 90, ressurgia no Brasil, agora com grande ênfase, a discussão acerca da corrupção nas esferas do Poder Público. As falcatruas políticas, o oportunismo, a improbidade administrativa no trato do dinheiro público, culminaram no processo de *impeachment* do Presidente da República.

Se, por um lado, as denúncias de desvio do dinheiro público eram graves e saltavam aos olhos da população brasileira, por outro, não se poderia culpar o antigo Estatuto das Licitações por tais estragos, pois a criatividade humana pode extrapolar qualquer regulamentação legal. Em meio a essa situação, “Veio, então, a L. 8.666/93, para ‘moralizar a Administração, os negócios públicos, os contratos administrativos de todo o nível’- ao menos assim se alardeou na imprensa...”¹³. Foram justificadas, assim, as minúcias que a Lei se preocupou em descrever.

¹³ Ivan Barbosa Rigolin - Marco Tullio Bottino. *Manual Prático das Licitações*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 34.

O certame público tem por fim duplo objetivo: alcançar o negócio mais vantajoso às esferas públicas e pautar-se pela igualdade dos competidores.¹⁴

A Constituição Republicana incorporou, pela primeira vez dentro de um texto constitucional, a licitação como princípio constitucional. No art. 37, XXI, a Carta Magna definiu os contornos de tal instituto. Portanto, todo o ordenamento infra-constitucional deve se pautar pelos preceitos enunciados pelo constituinte originário, como a igualdade de condições aos concorrentes, exigências indispensáveis, obrigação de licitar entre outras.

A Carta Política de 88, além de instituir o princípio constitucional da licitação, delegou à União a competência de legislar sobre normas gerais de licitação e contratos (art. 22, XXVII). Pela interpretação constitucional, a competência suplementar das entidades federativas para legislar exhaustivamente sobre licitações se impõe. No entanto, não é o que ocorre, pois a Lei de Licitações tratou de preciosismos.

O primeiro erro de técnica legislativa da Lei n. 8.666/93 ocorreu em seu preâmbulo, que justificou que a lei regulamentaria o art. 37, XXI, da CR. A Lei n. 8.666/93 não regulamenta este dispositivo, mas sim o art. 22, XXVII, que delega à União a competência de instituir normas para licitações e contratos como se refere o preâmbulo.

O dispositivo constitucional do art. 37, XXI, que trata do preceito da licitação pública, impôs a compulsoriedade deste procedimento a toda Administração direta

¹⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros. 1998. 10^a. ed., p. 333.

e indireta, ressalvados os casos especificados na lei, suplantando, assim, a interpretação dissimulada da Administração indireta, que insistia em evitar a concorrência pública. A lei ordinária discriminou as hipóteses de exceção ao princípio licitatório, isto é, situações em que a contratação com o particular independe do certame.

A Administração Pública pode ou deve deixar de realizar a concorrência conforme a previsão legal, nos casos em que a licitação é dispensada, dispensável ou inexigível. A licitação dispensada decorre do enquadramento legal, conforme as situações postas no art. 17, I e II. As hipóteses de concorrência dispensável, art. 24, I a XX, também estão enumeradas na lei, contudo a Administração não está obrigada a adjudicar diretamente, mas pode realizar o certame, segundo seu próprio juízo de conveniência e oportunidade. A inexigibilidade de licitação resulta da impossibilidade de competição pela singularidade do objeto ou do concorrente. Salienta-se que as hipóteses de inexigibilidade de licitação que constam da lei são meramente exemplificativas, podendo ocorrer outras situações não previstas na lei (art. 25).

Toda licitação tem como cerne do seu procedimento a busca de um objeto. A definição deste é a condição de legitimidade do certame. A escolha da modalidade e tipo da licitação decorre da determinação do objeto que deve ser a obra, o serviço, a compra, a alienação, a concessão, a permissão ou a locação que, ao final, poderão, segundo conveniência da Administração, resultar no contrato administrativo.

A Lei n. 8.666/93, no seu art. 22, seguindo o modelo do Decreto-lei n. 2.300/86, distribuiu o instituto da licitação em cinco modalidades : concorrência, tomada de

preços, convite, concurso e leilão, cada qual com suas especificidades das quais se tratará resumidamente.

A *concorrência*, *tomada de preços* e *convite* são as modalidades mais importantes, pois seu leque de aplicação é amplo, variando segundo o valor e tipo do objeto (art. 23, I e II).

As diferenças entre *concorrência*, *tomada de preços* e *convite* residem no valor do certame que se vai realizar e na complexidade do procedimento. A *concorrência* é modalidade própria para negócios de grande vulto: publicidade, prazos e número de proponentes são os maiores possíveis, visando a grande competição. A *tomada de preços* e o *convite* são modalidades de vulto médio e reduzido, respectivamente, acarretando diminuição na publicidade, prazos e número de proponentes.

O *concurso* e o *leilão* têm importância reduzida, pois são utilizados para determinados fins. O *concurso* é figura especial, destinada exclusivamente a selecionar, entre quaisquer pessoas que preencham os requisitos definidos no Edital, o melhor trabalho técnico, científico ou artístico mediante premiação ou remuneração.

Por derradeiro, o *leilão* é modalidade que serve 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”, segundo prescrição legal.

A licitação, como procedimento administrativo destinado a um fim específico, já salientado, divide-se em etapas (interna e externa), as quais por sua vez, se desdobram em fases. A etapa interna engloba todos os atos praticados (requisitos) pela Administração preparatórios do certame. A externa deflagra-se com a publicação válida ou disponibilização efetiva do instrumento convocatório, Edital ou Carta-Convite, objeto do presente trabalho.

Ademais, a etapa externa compreende desde o ato de abertura até o de encerramento, passando pelas seguintes fases: *Edital*, instrumento pelo qual são convocados os interessados em participar do certame, conforme as regras predefinidas e publicadas nesse ato; *habilitação*, ato que seleciona os proponentes aptos, segundo suas condições jurídicas, qualificação técnica, econômico-financeira e a regularidade fiscal; *julgamento*, ato que elege a proposta mais vantajosa para o interesse público; *homologação*, que é a análise, pela autoridade, da legalidade do procedimento licitatório; e por fim a *adjudicação*: se restar conveniente travar o contrato administrativo, entrega-se o objeto do certame ao proponente que ofereceu a proposta mais satisfatória.¹⁵

O julgamento da proposta funda-se no tipo de licitação estipulada no Edital. Tipos de licitação são critérios fundamentais de julgamento. A lei discrimina-os em: *menor preço*, *melhor técnica*, *técnica e preço* e de *maior lance ou oferta*, nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real. Todavia, reserva-se o capítulo III, item n. 3.3.5, para tratar, com mais vagar, do assunto.

¹⁵ Necessária é a observação, quanto a divergência na doutrina, se a homologação é posterior à adjudicação ou não: contudo adotamos a posição de C. A. Bandeira de Mello, segundo a qual a homologação é fase anterior à adjudicação. Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. p. 370.

Objetivou-se, neste capítulo, relatar a evolução histórica do instituto da licitação, delimitar seus contornos, enfatizar os aspectos constitucionais, salientar alguns pontos controvertidos e, por fim, retratar o procedimento licitatório, mesmo que em uma visão panorâmica, para situar o leitor no contexto do trabalho.

II - PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO

2.1 - CONCEITO DE PRINCÍPIO. 2.2 - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS GERAIS. 2.2.1 - PRINCÍPIO REPUBLICANO. 2.2.2 - PRINCÍPIO DA ISONOMIA. 2.3 - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ESPECIAIS. 2.3.1 - PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS. 2.3.2 - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. 2.3.3 - PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. 2.3.4 - PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE. 2.3.5 - PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. 2.3.6 - PRINCÍPIO DA LICITAÇÃO. 2.4 - PRINCÍPIOS ESPECIAIS DE DIREITO ADMINISTRATIVO. 2.4.1 - PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. 2.4.2 - PRINCÍPIO DO JULGAMENTO OBJETIVO. 2.5 - OUTROS PRINCÍPIOS.

2.1- CONCEITO DE PRINCÍPIO

Conceituar algo é descrever referido assunto como um corpo vivo. Vai muito além de adotar uma determinada definição. Conceituar é apontar características, funções, objetivos, dar o próprio sentido do objeto em estudo.

Partindo de uma definição filológica, segundo o dicionário de língua portuguesa de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, **princípio** é: “*S.m.* 1. Momento ou local ou trecho em que algo tem origem; começo. 2. Causa primária. 3. Elemento predominante na constituição de um corpo orgânico. 4. Preceito, regra, lei. 5. P. ext. Base; germe”¹⁶.

Princípios são idéias regentes de determinada ciência ou de específico setor, que disciplinam e regulam sua compreensão e execução. O princípio guarda a idéia de axioma ou premissa universal.

Todas as Ciências se baseiam em princípios básicos que enunciam e orientam seus campos de atuação. Por exemplo, a Dinâmica, ramo da Ciência Física, abarcou, como enunciado fundamental, as observações de Newton, e o denominou de *princípio da inércia*: “todo corpo continua em estado de repouso ou de movimento retilíneo e uniforme, a menos que seja compelido a mudar desse estado por forças que nele sejam aplicadas”¹⁷.

¹⁶ Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. *Dicionário Aurélio Básico Da Língua Portuguesa*. São Paulo: Nova fronteira, 1988. p. 529.

¹⁷ Regina F. S. Azenha Bonjorno. José Roberto Bonjorno. Valter Ramos e Clinton Máximo. *Física 1*. São Paulo: FTD, 1992. p: 150.

Os princípios de uma Ciência são o corpo argumentativo que dão razão ao objeto estudado. Portanto, toda e qualquer conclusão científica **jamais** (essa é a importância do princípio) poderá contrariar a principiologia da Ciência referida. Conclui-se que princípio é a premissa básica que subordina todos os demais enunciados dela derivados.

Após essa noção mais geral de princípio, cabe introduzir o citado vernáculo na Ciência Jurídica.

O valor da principiologia evoluiu significativamente, conforme as correntes predominantes¹⁸ que influenciaram a interpretação do Direito. Para a corrente jusnaturalista, os princípios não passavam de conceitos metafísicos, imbuídos de uma abstração impotente, que não tinham nenhuma aplicação prática. O Positivismo interpretava os princípios como fonte subsidiária da lei, sua aplicação se dava na lacuna da regra positiva. Exemplo desse pensamento está consubstanciado na Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Essa corrente impunha uma normatividade precária à idéia de princípio. Modernamente, a corrente pós-positivista, como assim denominam alguns doutrinadores inclusive, Bonavides, deu ensejo a uma nova visão à principiologia, muito mais revigorada. Princípio, agora, é fundamento axiológico e normativo que dá sentido e alcance à legislação.

Princípio, na definição muito bem articulada de C. A. Bandeira de Mello, caracteriza-se por “..., mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele,

¹⁸ Classificação feita por Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros. 1994. 5ª ed., p. 232 e ss.

disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”¹⁹.

C. A. Bandeira de Mello louva-se em Agustín Gordillo, publicista argentino, segundo o qual, princípio é aquilo que “estabelece una dirección estimativa, un sentido axiológico, de valoración, de espíritu”²⁰.

Princípios da licitação são aqueles que se impõem diante do certame licitatório e no curso dele, exigindo obediência e adequação para se aferir a regularidade e validade das diversas etapas pertinentes ao procedimento utilizado.

Como vimos acima na evolução histórica da principiologia, os princípios ganharam efetiva juridicidade. Essa foi a conquista da hermenêutica moderna. O embasamento principiológico, para quem trabalha com o procedimento licitatório no dia-a-dia, deveria ser pedra angular na solução das querelas. A aplicação da Lei n. 8.666/93 e do Edital no certame, dissociada da interpretação principiológica, está fadada a equívocos.

O uso dos princípios na operacionalização dos casos concretos em matéria licitatória é peça fundamental para bem aplicar o direito. “Já é possível, assim sendo, perceber quão importante - imprescindível ! - ao prático das licitações é conhecer com

¹⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. p. 583-584.

²⁰ *Apud* Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. p. 584.

exatidão o significado verdadeiro dos princípios de licitação: que obrigações objetivas impõe; qual a sua delimitação exata ou, possivelmente, mais condizente com a vontade da lei; que direitos conferem aos licitantes, e como podem esses direitos ser obtidos, administrativa ou judicialmente.”²¹

A gama princípios envolvendo o certame licitatório é muito ampla, pois há os princípios constantes do *caput* do art. 37, e outros princípios nos demais dispositivos do Texto Constitucional, os do art. 3º. da lei n. 8.666/93, os que, eventualmente, se expressam nas Constituições Estaduais, além dos princípios implícitos e correlatos extraídos do nosso ordenamento jurídico pertinentes ao tema. Cabe, portanto, nesse capítulo, sistematizar uma classificação que ofereça subsídios instrumentais para as questões licitatórias.

2.2 - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS GERAIS

Os princípios republicano (arts. 1º., 3º., 4º. entre outros) e da igualdade (arts.5º.e 37) estão arrolados na Carta Magna e são fundamentais ao procedimento licitatório, como trata-se a seguir.

²¹ Ivan Barbosa Rigolin - Marco Tullio Bottino. *Manual Prático das Licitações*. São Paulo: Saraiva.1995. p. 87-88.

2.2.1- PRINCÍPIO REPUBLICANO

A idéia de república domina todo o Texto Constitucional, manifestando-se como princípio basilar do nosso sistema jurídico. Todo o ordenamento nacional expressa-se a partir da perspectiva republicana, diferente de um país que adote o regime monárquico, mesmo que ambos se denominem Estados Democráticos de Direito.

A simples menção ao princípio da república já evoca um universo de conceitos intimamente relacionados entre si. Este princípio condiciona toda a estrutura do Estado. A república é a exteriorização jurídico-política da relação de igualdade social em que vive o cidadão.

Abrem-se parênteses para focalizar o momento político em que emergiu a estrutura republicana. As primeiras consolidações de uma sociedade igualitária emergiram após a derrubada do antigo regime, Estado absolutista. O poder já não está concentrado na mão de um Soberano que está acima das leis dos homens, como bem explicitou a dinastia dos Bourbons, na França, século XVIII, na célebre frase “ O Estado sou Eu”. As revoluções burguesas, inglesa de 1688 e a francesa de 1789, impuseram a delimitação do poder do soberano pela lei, *rule of law*, governo de leis e não de homens.

Os documentos resultantes dessas revoluções, a saber, a Declaração dos Direitos Inglesa (*Bill of Rights*) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da

França , marcaram o início de nova era, na qual os homens são iguais nas leis, a sociedade não possui castas e privilégios. Na república, o titular do poder é a coletividade e somente em prol do interesse público é que ele deve ser utilizado.

A república visa a um equilíbrio institucional. Elimina-se todo arbítrio estatal. O bem público está perto do cidadão, e os abusos são rechaçados. Nesse contexto insere-se o instituto da licitação, que nada mais é do que um instrumento de controle do poder pelo povo. A licitação resguarda o cidadão de possíveis abusos que os agentes administrativos possam cometer com os bens e os valores públicos.

O interesse público, apesar de ser a grande tônica das discussões em matéria de direito público, pedra de toque da obra do mestre C. A. Bandeira de Mello, somente recebe respaldo dentro de um espectro republicano. Falar em interesse público, só tem sentido quando se vive numa sociedade de homens iguais, onde o interesse de um pode se contrapor ao interesse de outro em pé de igualdade, resultando dessa antinomia social o verdadeiro interesse público expresso nas normas.

A expressão República abre a Carta Política brasileira, art. 1º., traduzindo ao intérprete, desde o início, a idéia do que se vai encontrar ao longo do texto. Todavia, mesmos os Estados que adotaram o regime político da monarquia constitucional consolidaram as conquistas liberais (espírito da república) nas suas constituições democráticas.

Pertinente se faz a interpretação do nosso sistema constitucional à luz desse princípio, pois “Estados de Direito, que plasmam suas instituições com base no ideal

republicano, com a consagração da tripartição - e conseqüente autonomia e independência - dos poderes, bem como lastreadas no império da lei e no princípio da isonomia, têm necessariamente um direito administrativo aberto, oxigenado, participatório, permeado de técnicas, institutos e peculiaridades inúmeras vezes contrastantes com a rapidez, eficiência, agilidade e desassombro que caracterizam os regimes que, em nome dessas características, atropelam direitos, ignoram a participação dos administrados e atuam surpreendentemente, comprometendo a segurança e previsibilidade dos direitos.”²²

Também Canotilho e Vital Moreira, constitucionalistas portugueses, deram importância ao princípio republicano na sua obra de comentários à constituição republicana portuguesa. Para eles, este princípio “... significa um regime sem fundamentação teocrática ou sagrada: é um regime de homens e para homens (...). A colectividade política, a *res publica*, ergue-se a partir de uma filosofia política das liberdades e contra formas autocráticas ou pessoais de governo.”²³

2.2.2 - PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O princípio constitucional fundamental, decorrente do republicano, é o da isonomia ou igualdade diante da lei ou diante de todas as manifestações do poder. É um direito público subjetivo do cidadão ao tratamento igual e impessoal pelo Estado.

²² Geraldo Ataliba. *República e Constituição*. São Paulo: Malheiros. 1998, 2ª.ed. p. 83.

²³ J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra.1991, p. 88.

O princípio da isonomia está indicado no art. 5º, CR, como direito fundamental, e no art. 3º. Da Lei n. 8.666/93. A igualdade em matéria licitatória é oferecer a expectativa de que todos os interessados podem travar contrato com a Administração: vitorioso será aquele que possuir a proposta mais vantajosa.

Quando se fala em princípio da igualdade no certame licitatório refere-se a um sentido genérico; todavia podem-se estipular diferenciações autorizadas pela lei na busca do interesse público. Essas condições legítimas podem até afastar muitos interessados, mas visam selecionar a melhor proposta, pois a igualdade não é uma relação estática, no chavão “todos são iguais perante a lei”, isto quer dizer muito pouco, pois a igualdade dinamiza-se nas situações concretas.

Nessa esteira, Rui Barbosa traduziu com maior clareza o princípio da igualdade. “A regra da igualdade não consiste senão em quinhonar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural é que se acha a verdadeira lei da igualdade.”²⁴

As exigências deverão ser aquelas indispensáveis a melhor seleção, como o próprio Texto Constitucional fez questão de salientar (art. 37, XXI). Somente no caso concreto, utilizando as normas, o instrumento convocatório, os princípios e as regras de hermenêutica é que se pode aferir se tal condição violou a igualdade.

Destarte, os artigos 28 a 32 da Lei de Licitações, que tratam dos

²⁴ Rui Barbosa. *Oração aos Moços*. Rio de Janeiro: Edições Casa Rui Barbosa. 1997. 4ª.ed., p. 26.

documentos para habilitação “...fixaram exigências aos licitantes, as quais os desigualarão, sem dúvida, porém de modo constitucional e legítimo. É exatamente esse o propósito da licitação: desigualar propostas, ou obter propostas desiguais, a mais vantajosa delas devendo ser a escolhida.”²⁵

As exigências descabidas que afrontam o princípio da isonomia e que constam, corriqueiramente, dos Editais, são: as que singularizam objeto que não é singular; exigências pessoais que não guardam relação com o objeto licitado; exigências de qualificação técnica em quantidade superior ao adequado para o certame em questão; exigência de já haver fornecido objeto idêntico para a promotora do certame, entre outras.

Ilustrando o caráter absurdo dessas exigências, traze-se à colação o voto do Ministro Humberto Gomes de Barros a respeito da seguinte cláusula “Dois atestados ou declarações de capacidade técnica, expedidos por 02 (dois) órgãos públicos ou privados para os quais o licitante esteja prestando, mediante contrato a inteiro contento, serviços semelhantes ao objeto do presente edital, por um período não inferior a 12 (doze) meses consecutivos, cujo faturamento mensal seja igual ou superior a CR\$ 6.000.000,00 (seis bilhões de cruzeiros), em cada atestado”(recurso ordinário em mandado de segurança, n.4.877/DF, STJ, julgado em 02.08.95). O Ministro se pronunciou da seguinte forma: “A cláusula malsinada, embora destinada à apuração da capacidade técnica, extrapola as questões estritamente relacionadas com a aptidão para executar a empreitada e se prende ao “ faturamento mensal” resultante do trabalho. Houve, assim, um desvio de finalidade que afastou licitantes, fazendo com que apenas uma delas lograsse habilitação.” Portanto, essas

²⁵ Ivan Barbosa Rigolin - Marco Tullio Bottino. ob. cit., p. 90.

discriminações abusivas, afrontam entre outros princípios, o da igualdade, privilegiando determinado licitante.

O princípio da isonomia, quanto aos licitantes, é, portanto, comprovadamente, reflexo do princípio republicano, pelo qual todos são iguais na lei. Por isso, vedam-se cláusulas ou condições que importem em distinções ou preferências por motivo da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes. Além dessas, são também condições inaceitáveis todas aquelas que discriminam os licitantes, com a finalidade de prejudicar uns e beneficiar outros, ofendendo o tal princípio. Se as cláusulas discriminatórias têm orientação diversa, porque estão envolvidas com o interesse público, então não há vedação, embora haja aparente desigualdade.

2.3 - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ESPECIAIS

Além dos princípios constitucionais gerais que dão forma e sentido ao ordenamento jurídico vigente, há os princípios constitucionais especiais que estão intimamente ligados a Administração Pública e, por conseguinte a matéria da licitação.

2.3.1 - PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSE PÚBLICOS

A grande tônica do direito público é a regulamentação e a busca do interesse público por parte da Administração. Quem melhor desenvolveu esta temática entre os autores pátrios foi C. A. Bandeira de Mello quando discriminou o Regime Jurídico-Administrativo²⁶.

A fonte-matriz da classificação centra-se no interesse público. Para ele, toda a dedução lógica dos princípios de direito administrativo decorrem da idéia de interesse público.

A Administração, quando se utiliza dos seus poderes, está obrigada a satisfazer ao interesse público como forma de cumprir seu dever. A expressão *interesse público* deve ser compreendida no sentido de tudo aquilo que proporciona proveito à sociedade. É o interesse individual integrado como partícipe de um todo.

Importante enfatizar o entendimento do Prof. italiano Renato Alessi sobre a expressão *interesse público*: “que os interesses públicos, coletivos cuja satisfação deve ser perseguida pela Administração, não são - note-se - simplesmente o interesse da Administração enquanto aparato organizacional autônomo, porém aquele que é chamado interesse coletivo primário. Este é resultante do complexo dos interesses individuais prevalentes em determinada organização jurídica da coletividade, ao passo que o interesse do aparato organizacional que é a administração, se pode ser concebido um interesse, desse aparato, unitariamente considerado, será simplesmente um dos interesses secundários que se

²⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*, cap. I.

fazem sentir no seio da coletividade e que podem ser realizados somente na medida em que coincidam, e nos limites dessa coincidência, com o interesse coletivo primário”²⁷.

O princípio da indisponibilidade do interesse público se traduz na regra de que Administração não é titular dos bens e interesses do povo, mas tão-somente tem a obrigação de cuidar deles para que atinjam o fim determinado adstrito à lei. A Administração não pode, a seu bel prazer, tomar decisões, baseada no seu poder, que atentem contra os interesses definidos na lei, pois, antes de ser um poder, é a Administração um dever para o administrador.

O princípio da indisponibilidade dos interesses públicos no caso das licitações implica na impossibilidade de a Administração oferecer vantagens a privilegiados às expensas do erário público. A consecução do interesse público na licitação está insculpido na lei em expressões tais como *propiciar a livre concorrência, igualdade de condições, buscar as maiores vantagens* etc. Para tanto, o administrador deve cingir-se a adotar as soluções legais, lembrando-se aqui a lição de Seabra Fagundes: “administrar é aplicar a lei, de ofício”²⁸.

²⁷ Apud. Eros Roberto Grau. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1994. p.17.

²⁸ Apud Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*, p.36.

2.3.2 - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade limita a atividade administrativa ao que impõe a lei. A legalidade no campo do direito administrativo circunscreve a ação do Estado ao *que pode, e como pode fazer*, pois, para Administração, não há liberdade nem vontade pessoal: ela age *secundum legem*. “O governo é servo do povo e exercita sua servidão fielmente ao curvar-se à sua vontade, expressa na lei.”²⁹ Este princípio capital está enunciado no texto constitucional nos arts. 5º., II, 37, *caput*, e no 3º. da Lei n. 8.666/93.

A legalidade disciplina todo o procedimento licitatório, suas fases, documentos exigidos, atos, termos e recursos. À entidade promotora basta aplicar a lei na confecção do instrumento convocatório e dar seguimento ao certame, pois não resta “quase nada” a aditar, em razão das minúcias em que a lei entrou.

A violação desse princípio denuncia-se com a inobservância de qualquer preceito da lei ou, mesmo, da Constituição. Se, por exemplo, uma entidade pública, o Edital, no qual não consta o orçamento para a realização da obra licitada, afronta o princípio da legalidade, pois o art. 40, par. 2º.,II, exige claramente que deve constar do ato convocatório o orçamento estimado.

²⁹ Geraldo Ataliba. *República e Constituição*, p. 122.

2.3.3 - PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

A Administração, quando busca o seu fim, deve realizá-lo de forma transparente para que seus administrados possam fiscalizar. Não se concebe que, num Estado Democrático de Direito, cujo poder emana do povo, seja ocultado qualquer tipo de comportamento. Apresenta-se, assim, o princípio da publicidade como mister público pelo qual o cidadão tem acesso à informação, independente de motivação. Este princípio consta expressamente no art. 37, *caput*, da Constituição, bem como na Lei n. 8.666/93, art. 3º., *caput*.

A publicidade dos atos visa aumentar a fiscalização popular, pois uma licitação sigilosa pode acobertar atos escusos. A publicação dos atos indicados em lei pela imprensa, oficial ou privada, tem como objetivo dar ciência a todos os cidadãos. Cria-se, assim, uma ficção jurídica de que o ato publicado comunica a todos.

Além do preceito de que os atos da licitação são públicos, de inteiro conhecimento de quem o quiser, a publicidade extrapola a noção principiológica e transforma-se em regra concreta e objetiva no art. 21, que exige a publicação do resumo do Edital na imprensa (art. 16) e que impõe o dever de publicar mensalmente a relação das compras, entre muitos exemplos extraídos da lei.

A exceção ao princípio da publicidade está no conteúdo das propostas até a sua respectiva abertura, art. 3º., par. 3º., lei n. 8.666/93. O conhecimento prévio de qualquer proposta poderia significar injusta oportunidade, para quem teve ciência, na medida em que lhe possibilita adequar sua proposta com o fim de ser mais vantajosa, o que

burla o princípio da livre concorrência e da impessoalidade, entre outros. O sigilo das propostas é temporário: até o momento da abertura de todas.

O direito de o cidadão ter explicação e conhecimento dos atos da licitação não significa que ele possa adentrar nos arquivos da Administração e montar uma devassa desordenada com o objetivo de perseguição pessoal. A esse tipo de atitude, a Administração Pública não pode estar vulnerável; no entanto deve organizar-se para prestar as informações necessárias em tempo aceitável como prescrição constitucional, art. 5º., XXXIV, b): “a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal”.

Ademais, o autor reserva o item n. 3.2 para discutir, com mais profundidade, o princípio da publicidade dirigido para a questão editalícia, tema do presente trabalho.

2.3.4 - PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

A principiologia é uma teia de preceitos que estão vinculados uns aos outros. Há alguns que são fundamentais, como o republicano e da igualdade, e outros que são correlatos ou desdobramentos dos primeiros. O princípio da impessoalidade é reflexo do princípio da isonomia e está consagrado no texto constitucional nos arts. 5º e 37,CR, e 3º. da Lei de Licitações.

Esse axioma traduz a idéia de que todos devem receber tratamento igual pela Administração. O administrador não pode tratar com pessoalidade um ou alguns licitantes por simples arbítrio, mesmo porque os atos não são do servidor ou agente e sim do órgão licitador. Todos devem ter as mesmas oportunidades de travar contrato com o poder público. As “ simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie”³⁰.

Viola, flagrantemente, o princípio da impessoalidade, por exemplo, cláusula editalícia que exija dos proponentes capital social superior ao aceitável na média de um contrato de mesmo vulto, e, dessa exigência, resulte o privilégio da habilitação de uma empresa.

2.3.5 - PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

O princípio da moralidade administrativa subordina a Administração a ter sua atividade orientada por valores éticos. Os princípios da lealdade e boa-fé são paradigma para se mensurar a conduta administrativa, que deverá ser sincera e franca para com os

³⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. p.70.

administrados. A moralidade evidencia-se na busca do justo, leal, probo, caracterizando o dever da boa Administração.

A moralidade administrativa “...é, ao mesmo tempo, a inspiração e o balizamento da legalidade e da legitimidade, pois nada terá validade se não respeitar os mais profundos valores da convivência social, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º., III, CF), sua liberdade e seus bens (art. 5º., *caput*, CF)”³¹.

O que se busca com esse princípio é a ética das condutas administrativas, que têm por parâmetro a regularidade dos procedimentos licitatórios. Difícil é extrair desse preceito um significado concreto, porém, para melhor delimitar tal campo de incidência, desdobra-se o princípio da probidade administrativa, que consiste na obrigação da Administração Pública agir com honestidade.

Os atos que prejudicam o erário público, por desvio de dinheiro público, negociatas, tráfico de influências, corrupção, afrontam a moralidade e a probidade administrativa. O agente que faz, p. ex., orçamento constante do ato convocatório com valores duas vezes superiores ao preço de mercado do objeto licitado incorre em imoralidade administrativa.

A falta ou imprecisa motivação, o desvio de finalidade, a irregularidade do ato administrativo são formas de afrontar a moralidade administrativa. Os atos que se desviarem dos valores éticos, acarretando ilegitimidade, ilegalidade e ilicitude, serão

³¹ Diogo de Figueiredo Moreira Neto. *Princípios da Licitação*. São Paulo: Boletim de Direito Administrativo, Nova Dimensão Jurídica, n.7, p.375.

invalidados e responsabilizarão, penal, civil e administrativamente, o agente público que o promoveu.

2.3.6 - PRINCÍPIO DA LICITAÇÃO

O princípio licitatório, como já foi salientado anteriormente, deriva dos preceitos republicano e igualdade. O instituto da licitação baseia-se na idéia de controle do poder pelo povo e de possibilidade de qualquer interessado avançar com o poder público.

República, igualdade e licitação são conceitos amarrados. Dallari e Grau, entre outros autores pátrios, preocuparam-se em enfatizar essa vinculação. Conforme salienta Dallari a exigência de se licitar tem ampla fundamentação constitucional³², como, por exemplo, em seu art. 1º., segundo o qual o Brasil é uma República Federativa, o que traduz, portanto, a idéia de igualdade. Grau enuncia que a licitação se funda no princípio republicano, pois “Dele decorre, na abolição de quaisquer privilégios, a garantia formal da igualdade de oportunidade de acesso de todos, não só às contratações que pretenda a Administração avançar, mas também, aos cargos e funções públicas. Daí por que a escolha

³² Adilson-Abreu Dallari. ob. cit.. p. 31-32.

do licitante com o qual a Administração há de contratar deve ser, na *República*, a melhor escolha ou a escolha do melhor contratante.”³³

A Constituição Republicana de 1988 foi a primeira do Estado brasileiro que abarcou expressamente a licitação como procedimento obrigatório para a Administração Pública contratar com particular, arts. 37, XXI, e o 175, *caput*. O constituinte de então foi prudente ao adotar essa opção legislativa, pois, afastou de uma vez por todas, qualquer argumentação falaciosa que desviava da obrigação de licitar certas esferas da Administração. Isso não obstante, mesmo que esse princípio não constasse da Carta Política, seria obrigatória sua aplicação em decorrência da normatividade e juridicidade que esse procedimento ganhou na história.

Após essa retrospectiva histórica, fica lógica a dedução do princípio da licitação. Com este procedimento, o poder público busca duplo objetivo: primeiro, contratar com a proposta que lhe oferece o melhor resultado pelo menor preço; segundo, proporcionar aos proponentes disputar essa contratação em igualdade de condições, apostando, assim, na livre iniciativa e na salutar competição.

A licitação atende a três exigências públicas impostergáveis, conforme C. A. Bandeira de Mello: primeira, proteção aos interesses públicos e recursos governamentais; respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade (arts. 5º. e 37, *caput*); finalmente,

³³ Eros Roberto Grau: ob. cit., p. 13.

respeito aos reclamos de probidade administrativa, imposta pelo art. 37, *caput*, da Constituição³⁴.

O princípio da licitação engloba outros princípios correlatos, como o da competitividade ou concorrência e o da livre iniciativa. A competitividade na licitação oportuniza que vários interessados licitem, oferecendo seus preços, a fim de que a Administração Pública tenha condições de optar pela proposta mais conveniente. O referido princípio, também denominado de *princípio da concorrência*, é a própria essência da licitação e busca o interesse público. Não basta que haja muitos interessados em participar para que se efetive o axioma; é preciso que os promotores da licitação não frustrem a natureza competitiva com cláusulas descabidas (art. 3º., 1º., I, da Lei n. 8.666/93). O outro pilar da licitação é a livre iniciativa, pela qual todos têm a oportunidade de adentrar, em igualdade de condições, na atividade econômica, sustentada pela Constituição no art. 170, *caput*.

A licitação representa procedimento vinculante, que subordina a Administração à escolha dentro de determinados padrões pré-estabelecidos. Adotado esse procedimento na realização de suas despesas, o Estado se autolimita, característica própria do Estado Democrático de Direito.

O princípio da licitação não é absoluto, mas comporta exceções. Essas exceções justificam-se pelos motivos de interesse e conveniência da Administração, que são, em última análise, o interesse coletivo primário, ou a inviabilidade de concorrência. Os

³⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. p.333.

casos de exceção encontram-se consignados na Lei n. 8.666/93: casos de licitação dispensada, art. 17; dispensável, art. 24; inexigível, art. 25.

2.4 - PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Após todo o esforço teórico para caracterizar o regime principiológico-constitucional mais adequado ao enfoque da licitação, restam dois princípios capitais, contidos no art. 3º. da Lei n. 8.666/93, que orientam o instituto da licitação. São eles o da vinculação ao instrumento convocatório e o do julgamento objetivo.

Esses princípios, como o da publicidade supramencionado, saem da órbita de preceitos genéricos e ganham concretude e densidade nos dispositivos legais. Os dois princípios são instrumentais da licitação; portanto, exteriorizam-se em atos. O princípio do instrumento convocatório concretiza-se no Edital ou na Carta-Convite e o do julgamento objetivo na classificação decrescente dos licitantes.

É necessário enfatizar que esses princípios estão sempre entrelaçados, pois um é reflexo do outro. Assim, o Edital tem como requisito o critério de julgamento e vice-versa o julgamento objetivo pautar-se-á pelas cláusulas constantes do Edital. Além da exposição sucinta que se fará a seguir, esses princípios serão trabalhados com mais profundidade no capítulo III.

2.4.1 - PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório zela pela segurança jurídica que deve haver entre a Administração e o licitante. A ninguém pode ser exigido algo que não conste do Edital, pois a surpresa é ato de regimes autoritários, que não se coaduna com o Estado de Direito.

O Edital estabelece o modo e a forma pela qual os licitantes e a Administração haverão de vincular-se. Tudo o que for exigido durante o procedimento da licitação deve constar no texto do ato convocatório, sendo vedada qualquer exigência extemporânea que não conste do instrumento convocatório. Nos ensinamentos de Meirelles, “ O edital é a lei interna da licitação ”³⁵.

Este princípio exterioriza a natureza da licitação, que é um procedimento vinculado. A Administração, a autoridade competente ou a comissão, não podem agir, no certame, com livre arbítrio, criando regras, fazendo exigências não fixadas no Edital. Ademais, o conteúdo do ato convocatório deve respeitar o procedimento legal e os princípios da licitação. Qualquer desconformidade do Edital com a Lei n. 8.666/93 ou com os princípios pode gerar nulidade da licitação.

O Edital deve conter requisitos quanto ao procedimento, à documentação, às propostas, ao julgamento e ao contrato. As exigências do instrumento serão balizadas pela objetividade, concernentes aos proponentes e às ofertas, cingindo-se ao mínimo de discricção.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório permite a eficácia do princípio do julgamento objetivo, que se concretiza no primeiro. Se, p. ex., o Edital do certame adotou concorrência do tipo *menor preço*, então não há que se discutir, na fase de julgamento, quem melhor técnica oferecerá à Administração, pois a classificação deverá ater-se estritamente ao fator preço.

2.4.2 - PRINCÍPIO DO JULGAMENTO OBJETIVO

A compreensão do princípio do julgamento objetivo decorre do significado assente no princípio da legalidade: a comissão decidirá, na habilitação ou no julgamento, segundo as exigências contidas no ato convocatório publicado, documentação ou os critérios, respectivamente.

³⁵ Hely Lopes Meirelles. *Licitação e Contrato Administrativo*. p. 17.

O princípio do julgamento objetivo visa afastar a discricionariedade administrativa, ou o subjetivismo do julgador, vinculando-se o julgamento aos critérios definidos no Edital, conforme os arts. 40, VII, e 45 da lei de licitação. A discricionariedade administrativa aparece em etapa anterior à publicação do ato convocatório, quando da escolha do critério objetivo. Moreira Neto argumenta que “Toda a subjetividade deve ser afastada pelo emprego de dois instrumentos: a pontuação dos elementos relevantes, previamente escolhidos, e a justificação da decisão com suporte na pontuação adotada”³⁶.

Os critérios de julgamento dizem respeito ao tipo de licitação, discriminados no art. 45, par. 1º.; para *menor preço, melhor técnica, técnica e preço, melhor técnica* e o de *maior lance ou oferta*, ver abaixo, item n. 3.3.5. Do confronto da documentação e dos critérios objetivos explicitados no Edital com as propostas resultará a classificação ordenada das que maiores vantagens trarão ao interesse coletivo.

Julgamento objetivo é aquele que não comporta interpretação da conformidade, da documentação ou das propostas dos licitantes com as exigências da Administração. De tão claras quanto precisam ser as exigências e de tão clara quanto deve ser a documentação apresentada, não restará à comissão qualquer possibilidade de interpretação³⁷, pois o julgamento será aritmético.

³⁶ Diogo de Figueiredo Moreira Neto. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Borsoi. 1970. p. 379.

³⁷ Ivan Barbosa Rigolin - Marco Tullio Bottino. ob. cit., p. 97.

2.5 - OUTROS PRINCÍPIOS

Além dos princípios supramencionados, muitos outros são aplicáveis ao procedimento licitatório: alguns princípios implícitos, outros explícitos, constantes das Constituições Estaduais³⁸, e até princípios provenientes da interpretação doutrinária pertinentes à Administração Pública.

A motivação é um desses princípios correlatos para que se cumpra a legalidade. A atividade administrativa deve ser conduzida com transparência, apontando sempre as razões de fato e de direito pelas quais a Administração tomou determinada decisão. Todo ato administrativo tem que ser motivado, explicando seu “porquê”. Mesmo que o ato seja vinculado, como no caso do procedimento licitatório, é prudente que os agentes administrativos façam uma motivação muito bem detalhada, desde a abertura até a adjudicação da proposta vencedora para evitar problemas futuros. Toda licitação, excluindo-se o tipo *menor preço* tem que ser motivada, sob pena de invalidação.

O princípio da finalidade completa também o da legalidade. Toda e qualquer norma tem um objetivo definido; portanto, descobrir a sua finalidade é trabalho preliminar para bem aplicar o direito. Só há o respeito ao princípio da legalidade quando a

³⁸ A Constituição do Estado de Santa Catarina enuncia entre os princípios da Administração Pública o da motivação, *in verbis*: “Art. 16 - Os atos da administração pública de qualquer dos Poderes do Estado obedecerão aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. (...*omissis*). par. 5º. No processo administrativo, qualquer que seja o objeto ou o procedimento, observar-se-ão, entre outros requisitos de validade, o contraditório, a defesa ampla e o **despacho ou decisão motivados**. (grifo acrescido)”

Administração atende à sua finalidade. Utilizar uma lei como suporte para realizar ato desconforme com a sua vontade não é aplicar a lei, mas sim burlá-la. A finalidade não é decorrência simples do princípio da legalidade, mas é, acima de tudo, inerente a ela.

O capítulo III tratará, exclusivamente, do tema do trabalho monográfico, o instrumento convocatório, buscando uma visão interativa entre princípios, normas, doutrina e jurisprudência relativos ao procedimento licitatório.

III - INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

3.1 - CONCEITUAÇÃO. 3.2 - PUBLICIDADE DO EDITAL. 3.3 -
ESTRUTURA BASE DO EDITAL. 3.3.1 - ELEMENTOS
INTRODUTÓRIOS. 3.3.2 - DESCRIÇÃO DO OBJETO. 3.3.3 -
UNIVERSO DOS PROPONENTES. 3.3.4 - DELIMITAÇÃO DAS
PROPOSTAS. 3.3.5 - CRITÉRIOS DE JULGAMENTO. 3.4 -
VÍCIOS DO EDITAL. 3.5 - SANEAMENTO DO EDITAL. 3.5.1 -
CONTROLE INTERNO. 3.5.2 - CONTROLE PELO TRIBUNAL
DE CONTAS. 3.5.3 - IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA DO
EDITAL. 3.6 - EDITAL DE LICITAÇÃO INTERNACIONAL. 3.6.1
- LICITAÇÃO INTERNACIONAL DE ENTIDADE BRASILEIRA.
3.6.2 - LICITAÇÃO INTERNACIONAL DE ENTIDADE
ESTRANGEIRA.

3.1 - CONCEITUAÇÃO

O instrumento convocatório é, acima de tudo, um princípio operativo do instituto da licitação, como foi discutido no capítulo anterior. A própria Lei de Licitação n. 8.666/93 fez questão de salientar a essência principiológica do instrumento convocatório quando inseriu a vinculação a ele entre os seus princípios básicos, art. 3º., caput.

O procedimento da licitação desenvolve em dois momentos. A primeira é intrínseca, quando a autoridade competente autoriza o procedimento licitatório. A outra é externa, quando se opera a comunicação desse procedimento para toda a sociedade através da publicação do Edital.

O instrumento convocatório é a forma de exteriorização da licitação e guarda dupla função : uma, de comunicar à população o certame; a outra, de definir as regras dessa competição. Baseia-se nestas funções a importância capital do princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

A forma de manifestação do instrumento pode variar entre Edital ou Carta-Convite. A diferença reside na modalidade de licitação a que se vai proceder. Se for *convite* a modalidade apropriada, então o instrumento será a Carta-Convite, de feição singelo e com o mínimo de elementos à formulação das propostas. Seu objeto é simples e de pequeno valor. No entanto, se a modalidade for concorrência ou tomada de preços, o

instrumento será o do Edital que exigirá maiores particularidades em função da complexidade e do valor do objeto.

O presente capítulo coloca-se no cerne deste trabalho monográfico, pois nele se analisam questões basilares do tema escolhido. Objetiva-se discutir desde conceituação do instrumento convocatório, salientando sua estrutura elementar, a publicidade, exemplificação dos vícios mais comuns do Edital, e encerrando com comentários sobre certame internacional. Este capítulo tratará, em regra, da forma específica do Edital como exteriorização do instrumento convocatório. Esta observação se faz necessária, *ab initio*, para que não resultem conclusões errôneas sobre o texto.

Conceituar algo é realizar manifestação complexa na tentativa de apontar todos os contornos para o entendimento de certo tema; é propor a compreensão da própria coisa. Conceituar algo não é apenas ir em busca de certa definição, mas é expor a natureza, as funções, as características e as finalidades daquilo que se quer conceituar. Procura-se, neste item, abordar todo o contorno conceitual do instrumento convocatório.

Eis a definição que o próprio dicionário de Língua Portuguesa apresenta de **Edital**: “*S.m.* 1. Ato escrito oficial em que há determinação, aviso, postura, citação, etc. e que se afixa em lugares públicos ou se anuncia na imprensa, para conhecimento geral, ou de alguns interessados, ou, ainda, de pessoa determinada cujo destino se ignora. *Adj.* 2 *g.* 2.. Relativo a édito. 3. Que se fez público por meio de editais”³⁹.

³⁹ Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. ob. cit.. p. 234.

Ademais, não se poderia olvidar a definição de Edital de De Plácido e Silva, segundo quem *Edital* é “ Derivado de *edictus*, de *edictare* (publicar, anunciar, intimar), vem justamente indicar o ato pelo qual se faz publicar pela imprensa, ou nos lugares públicos, certa notícia, fato ou ordenança, que deva ser divulgada ou difundida, para conhecimento das próprias pessoas nele mencionadas como de quantas outras possam ter interesse no assunto que nele se contém.”⁴⁰

O termo Edital, em acepção ampla, guarda a idéia de instrumento pelo qual se faz pública certa notícia. É a forma utilizada para se materializar uma comunicação à toda a sociedade. O objetivo principal deste instrumento é o conhecimento do seu conteúdo pelo maior número de pessoas. Passa-se agora a uma definição mais específica de Edital, voltada para o procedimento licitatório.

Explicação reiterada na doutrina e jurisprudência do mestre Meirelles. Para ele, “O edital é o instrumento através do qual a Administração leva ao conhecimento público a abertura da concorrência ou da tomada de preços, fixa as condições de sua realização e convoca os interessados para a apresentação de suas propostas.”⁴¹

O Edital é o documento mais importante no procedimento da licitação. Ele representa a coluna vertebral do certame. Pereira Jr. conceitua o Edital como sendo a “mais valiosa peça de que deve cuidar o administrador público no plano político da limpidez

⁴⁰ De Plácido e Silva. *ob. cit.*, Vol. II, p. 134.

⁴¹ Hely Lopes Meirelles. *Licitação e Contrato Administrativo*. p.118.

dos atos administrativos”⁴². Nesse sentido se manifesta Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, ao comentar o Decreto-Lei n. 200/67.⁴³

C. A. Bandeira de Mello elucida que “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”⁴⁴.

José Roberto Dromi ministra subsídios de cabal importância para se compreender o referido tema: “El llamado a licitación reviste forma jurídica de acto administrativo, por cuanto importa una declaración unilateral, dictada en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos individuales y directos. Operado el llamado, los interesados que cumplimentan las ‘condiciones objetivas y subjetivas’ requeridas por la normativa jurídica... pueden acudir como oferentes. Si bien el llamado es para un público ‘indeterminado’, en los hechos están determinados e individualizados los oferentes e interesados que por la sola convocatoria pueden preparar ya sus ofertas, realizar los estudios técnicos, financieros y económicos necesarios para cumplimentar la prestación solicitada, planos, proyectos etc., que la misma requiera... Además, con el anuncio, invitación o publicación, surge para los invitados o convocados el derecho subjetivo a intervenir en el procedimiento.”⁴⁵

⁴² Jessé Torres Pereira Jr., ob. cit., p. 244.

⁴³ Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Comentários À Reforma Administrativa Federal*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 266. “O Edital é o ponto de partida da licitação e do contrato, o instrumento legítimo, através do qual a Administração leva ao conhecimento público a abertura da concorrência, fixando as condições de sua realização e convocando os interessados para a apresentação de suas propostas.”

⁴⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Licitação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 31.

⁴⁵ *Apud* Jessé Torres Pereira Jr., ob. cit., p. 245.

Para encerrar a coletânea de definições, vem a propósito a opinião de José Cretella Jr., que circunscreve os elementos e as funções do instrumento convocatório. Para ele, o Edital é “a peça básica de concurso ou de licitação, que não só assegura o requisito da publicidade, peculiar ao ato administrativo, como também vincula Administração e os administrados concorrentes ao que nele se prescreveu (...) funciona o edital como lei interna, que traça as diretrizes dos interessados em todos os momentos ulteriores (...) O edital assemelha-se a um contrato de adesão cujas cláusulas são formuladas, unilateralmente, pelo Estado e aceitas, em bloco, pelos licitantes, vinculando a ambas as partes (...) Feita a convocação por outro modo, não alcança o objetivo da completa publicidade, de maneira a excluir a preferência pessoal e possibilitar melhores preços pela aparição de maior número de proponentes”⁴⁶.

Ponto basilar para se conceituar o Edital é a dissecação da sua natureza. Dallari discutiu, na obra *Aspectos Jurídicos da Licitação*, qual seria a natureza editalícia. Para tanto, trouxe à colação a posição de Bartolomé Fiorini, que se referia ao Edital como uma oferta de contrato feita pela Administração. Essa posição foi adotada pela Prof. Lúcia Valle Figueiredo, “um convite feito pela Administração para que se lhe ofereçam propostas”⁴⁷; em contrapartida, a lição de Marienhoff considera o Edital como expressão do conteúdo do futuro contrato. Disso conclui o citado autor pátrio que a natureza do Edital é a de simples chamamento a quem quiser ofertar⁴⁸.

O instrumento convocatório constitui documento fundamental do certame.

⁴⁶ *Apud* Jessé Torres Pereira Jr., ob. cit., p. 244.

⁴⁷ Lúcia Valle Figueiredo. *Direito dos Licitantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1981, 2ª.ed., p. 43.

⁴⁸ *Apud* Adilson de Abreu Dallari, ob. cit., p. 102-103.

Todo e qualquer problema desse documento acarreta malefícios para as fases seguintes, inclusive para o futuro contrato. O Edital é o *elo de ligação* entre a Administração e os Administrados, portanto, tem função vinculante. No dizer de Meirelles, “Vincula inteiramente a Administração e os proponentes às suas cláusulas”⁴⁹.

O resultado desse vínculo exterioriza-se na responsabilidade que qualquer interveniente no procedimento (administrador ou administrado) tem em função do seu ato, que deve estar de acordo com as cláusulas editalícias. Para se evitar querelas, a vontade do administrador deve estar consubstanciada no texto do ato convocatório de forma precisa e clara. Apesar dessas características que o Edital deve conter, ele não é exaustivo; assim, vale lembrar que sua interpretação deve ser feita em conformidade com as normas superiores, as Constituições Federal e Estadual, respectivamente, a norma geral (Lei n. 8.666/93), leis dos entes federados ou órgãos licitantes, bem como com os princípios licitatórios, examinados no capítulo anterior.

O descumprimento das regras do Edital pela Administração pode gerar nulidade do ato praticado. Ademais, o ato viciado macula os atos e as fases subsequentes, pois o vínculo procedimental caracteriza uma relação de causa e efeito entre os atos posteriores e os anteriores⁵⁰.

Para exemplificar o caráter vinculante e a impossibilidade de exigências que não constem do Edital, traze-se à colação Acórdão de Apelação Cível em Mandado de

⁴⁹ Hely Lopes Meirelles. *Licitação e Contrato Administrativo*. p.118-119.

⁵⁰ Marçal Justen Filho. *Comentários À Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Aide. 1994. 3ª. ed.: p. 255-256.

Segurança do Tribunal Catarinense que decidiu: “Como se sabe, os editais de licitação têm força vinculante. Ou seja, não poderá a respectiva Comissão de Licitação fazer exigências outras, além daquelas que constam do edital pertinente”(Apelação Cível n.5.779, TJSC, Rel. Pedro Manoel Abreu, julgamento em 28.11.96). O referido acórdão trata do Edital de licitação n. 003/95, da Prefeitura Municipal de Tubarão, que, no item 03.01.08 do ato, estipulou como exigência exclusiva a apresentação de atestado de capacidade técnica pertinente ao objeto do certame. Passado o momento da apresentação dos documentos e propostas, a comissão julgou inabilitada uma empresa porque, no seu atestado fornecido pela própria Prefeitura de Tubarão, não estava acervado no CREA, exigência esta que não estava insculpida no ato convocatório. Por isso, tal exigência foi afastada pelo judiciário.

A importância da vinculação do Edital se manifesta na clássica frase de Meirelles: “Nada se pode exigir ou decidir além ou aquém do edital, porque ele é a **lei interna** da concorrência e da tomada de preços”⁵¹ (grifo acrescido).

Para o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, o Edital de licitação “é um ato administrativo concreto, de natureza formal, pelo qual a A. P.(sic) expressa a vontade de sua abertura, com o chamamento dos acaso interessados, e condiciona a apresentação das propostas destes.”⁵² O referido autor discordava do natureza normativa do Edital, de ser ele lei interna da licitação. A manifestação da Administração é dirigida a cada interessado e para alcançar objetivo específico referente a dado certame. “São cláusulas do

⁵¹ Hely Lopes Meirelles. *Licitação e Contrato Administrativo*. p. 119.

⁵² Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. *Da Licitação*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1978. p. 70.

eventual acordo de vontades. Corresponde a um dos chamados atos administrativos gerais e de conteúdo não normativo, como denominam os autores italianos.”⁵³

A crítica de O. A. Bandeira de Mello à expressão “lei interna da licitação” se baseia no fato de que o Edital não guarda as mesmas características da lei: ser geral e abstrata. O Edital não é geral; se não é determinado, é pelo menos determinável o número de pessoas que vai atingir; tão pouco é abstrato, mas confeccionado para o caso concreto. De toda a forma, apesar de o autor do presente trabalho compartilhar com a distinção técnica de O. A. Bandeira de Mello, também reconhece a função pedagógica da expressão empregada por Meirelles.

A formalização do Edital é tão rígida, que dela exsurge sua principal característica: a imutabilidade. Uma vez publicado, ele já não poderá ser alterado. As regras insculpidas no texto editalício são imodificáveis justamente para assegurar a serenidade ao certame, pois, se a imutabilidade não fosse a regra, causaria insegurança entre os participantes, acarretando flagrante violação ao princípio da igualdade, cerne do instituto da licitação.

Em que pesem essas considerações contundentes, o caráter imutável não é absoluto, como bem lembrou Lúcia Vale Figueiredo: “Ao dizermos que, depois de haver sido publicado, o edital é imutável não pretendemos afirmar a impossibilidade de retificações ou correções. Essas poderão ser feitas, desde que o prazo mínimo estipulado em lei para a publicidade da licitação seja respeitado”⁵⁴. Todavia, as pequenas correções

⁵³ *Idem*, ob. cit., p. 71.

⁵⁴ Lúcia Valle Figueiredo. ob. cit., p. 42.

irrelevantes para o conteúdo das propostas não precisam ter prazo devolvido tomando-se cuidado de não causar prejuízo a qualquer dos proponentes.

A atual Lei de Licitações no seu art. 21, par. 4º., é clara ao dizer que qualquer modificação deve resultar em nova publicação, reabrindo-se o prazo. Contudo, o legislador ordinário, na parte final do artigo citado, deixou escapar impropriedade técnica, quando mencionou que a nova publicação não precisará ocorrer se, “inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas”. A doutrina tem desferido críticas ao advérbio *inquestionavelmente*, pois sugere um quê de subjetivismo, o qual deve ser sempre evitado quando se trata de relação com a Administração Pública.

Ainda, na tentativa de conceituar o ato convocatório, delimitando seus contornos, aponta-se algumas funções, definidas por C. A. Bandeira de Mello, acerca do Edital: publicidade; identificação do objeto e delimitação do universo das propostas; circunscrição do universo dos proponentes; identificação dos critérios para análise e avaliação dos proponentes e propostas; regulação dos atos e termos processuais do procedimento; e fixação das cláusulas do futuro contrato⁵⁵. Reserva-se a cada função item específico para aprofundar considerações.

Como vimos, o princípio do instrumento convocatório concretiza-se no Edital ou na Carta-Convite. A função primordial do princípio é a integração hermenêutica do fato ao direito. Contudo, esse princípio vai além da função integrativa, pois se

⁵⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Licitação*. p. 32-3.

materializa nos dispositivos da Lei n. 8.666/93 e na confecção de tal instrumento para o certame.

O Edital deve encerrar um panorama de tudo o que possa vir a ocorrer nas fases ulteriores do certame. Na comunicação da Administração à sociedade de que ocorrerá uma licitação, devem-se circunscrever todas as condições de participação, tanto do proponente quanto da proposta. A técnica de confecção do Edital impõe que ele seja o mais exaustivo possível, evitando lacunas, obscuridades, pois a interpretação deve ser clara e objetiva para qualquer pessoa. Nesse contexto, a publicidade, que veremos a seguir, é a maneira de se atingir a finalidade da livre concorrência, oportunizando que o maior número de interessados participem da licitação.

3.2 - PUBLICIDADE DO EDITAL

Na relação da Administração busca-se a máxima lisura da coisa pública, *res publica*. O agir administrativo deve primar pela visibilidade, forma pela qual o administrado pode controlar a Administração. Essa transparência concretiza-se com a publicidade, requisito imprescindível para se alcançar o interesse público.

A publicidade manifesta-se, primeiramente, um princípio constitucional especial (ver acima n. 2.3.3) no art.37, *caput*, da Constituição da República e, posteriormente, também, ratificado como princípio da licitação, no art. 3º., *caput*, da Lei n. 8.666/93. No entanto, o sentido que se quer imprimir à publicidade neste item é o de sinônimo de publicação ou divulgação do Edital. A publicação do aviso ou do Edital é a forma pela qual a sociedade toma ciência do certame que se vai realizar. Neste documento, vinculam-se “a intenção governamental, o chamamento público e as condições de realização do certame competitivo”⁵⁶.

O princípio da publicidade manifesta-se como requisito de eficácia do ato administrativo. Em se tratando de licitação, a imprescindibilidade da publicação do Edital é muito maior: “Sem publicidade não existe concorrência e, se assim fosse, seria apenas um engodo, uma máscara para arbitrariedade e protecionismos, violando-se, destarte, a probidade administrativa”⁵⁷.

A lei de licitação prescreveu, no seu art. 21, a forma, os periódicos e os prazos em que deverá se feita a publicação. O Edital não precisa ser publicado na íntegra, mas o aviso ou a nota resumida do Edital já torna válida a publicação. O resumo do Edital deve conter o objeto licitado, a repartição que o está promovendo, o local e o horário em que se pode obter o Edital completo e a resolução de dúvidas advindas.

Importa salientar a posição solitária, na boa doutrina, de Dallari, da qual este autor compartilha, que entende como inconstitucional e violador do princípio da publicidade

⁵⁶ Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. ob. cit., p. 265.

⁵⁷ Lúcia Valle-Figueiredo. ob. cit., p. 43.

o dispositivo da legislação ordinária que autoriza a publicação simplesmente do resumo do Edital. Diz ele, “O que deve ser público é o edital e não o resumo sumaríssimo e totalmente imprestável que é publicado. Pode-se dizer que, atualmente, na prática, o edital é secreto ou, pelo menos, reservado”⁵⁸. Dallari continua argumentando que esse documento é ato normativo e como tal “Não tem sentido a publicação resumida de um ato normativo”⁵⁹.

A divulgação do Edital deve-se dar pela imprensa oficial da União ou do Estado, Distrito Federal ou do Município. Neste último, como elucida C. A. Bandeira de Mello, apesar de a lei não se referir à imprensa do Município, a interpretação deve ser extensiva⁶⁰. Se o certame é promovido por Esfera Pública Federal, ou os recursos de financiamentos advêm do Erário Federal, a publicação dar-se-á pelo Diário Oficial da União (art. 21, I, Lei de Licitação). Se a entidade promotora for o Estado, o Distrito Federal, o Município ou qualquer órgão ou entidade que esteja subordinado a estes entes, então a publicação do certame se dará pelo respectivo Diário Oficial em que se veicula a publicidade dos atos da entidade (art. 21,II).

Concomitantemente à publicação na imprensa oficial, deve ocorrer, também, a divulgação na imprensa particular, como requisito legal. Essa imprensa é a da localidade na qual se realizará a licitação, especificamente, a do Município, da Região ou do Estado envolvidos.

Os prazos estabelecidos para a publicação do Edital variam conforme o tipo

⁵⁸ Adilson Abreu Dallari. ob. cit., p. 99.

⁵⁹ Idem. ob. cit., p.100.

⁶⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. p. 357.

e o regime de licitação (art. 21, par. 2º.). Esses prazos são contados a partir da data da última publicação do Edital ou expedição da Carta-Convite, ou, ainda, da efetiva disponibilidade do referido documento e seus anexos, prevalecendo a que ocorrer por último.

A publicidade é a exteriorização do instrumento convocatório, mas vai muito além do que uma simples função de comunicar à sociedade que ocorrerá uma licitação: é o requisito de eficácia do próprio ato. Sem publicidade, o instituto da licitação perderia a própria razão de existir, pois se estaria ferindo o princípio da igualdade. Sem transparência, como fiscalizar a Administração? Como se evitar os apaniguados no certame? A resposta a essas perguntas é a mesma, ou seja, só com publicidade.

Não cumprir o requisito da publicidade ou cumprir irregularmente, o que é o mais comum, gera um vício formal, acarretando nulidade absoluta ou relativa, dependendo da proporção da violação.

Em síntese, podemos mencionar três funções inarredáveis da publicidade: primeira, quanto maior ênfase na publicidade, maior será o número de proponentes, aumentando a abrangência da competição, e, conseqüentemente, o preço será menor; segunda, é o aumento da credibilidade da Administração Pública; terceira, a publicidade é uma arma eficaz contra a corrupção. O beneficiário, em última análise, é a sociedade.

3.3 - ESTRUTURA BASE DO EDITAL

O art. 40 da Lei de Licitações elenca todas as informações que devem estar presentes no Edital, seja para um o procedimento licitatório singelo, seja para uma licitação de grande vulto. Todavia, elegeu-se os elementos mais importantes para tecer-se comentários como segue.

3.3.1 - ELEMENTOS INTRODUTÓRIOS

O Edital divide-se em duas partes: o preâmbulo ou elementos introdutórios e o corpo. O preâmbulo deve conter: o nome do ente, órgão ou entidade, e o setor interessado na obra, serviço ou objeto; o número de ordem do Edital em série anual (ordem das licitações, e, não, de suas modalidades, numeração que recomeça a cada exercício); a modalidade; o regime de execução e o tipo de licitação; a indicação da legislação que rege este certame; a indicação de local, dia e hora para recebimento das propostas e abertura dos envelopes com a documentação; e, ainda, a finalidade e o processo em que foi autorizada a referida licitação (art. 40 da Lei n. 8.666/93).

Na prática, a explicitação da legislação destinada a reger o certame sempre ocorreu, mesmo antes de este se tornar obrigatório legalmente. O objetivo é informar aos interessados, leigos ou não, qual é a legislação pertinente que regerá aquele certame promovido por ente, órgão ou entidade especificamente. Convém lembrar que a competência da União é legislar sobre normas gerais de licitação (art. 22, XXVII, CR) sendo facultado aos Estados e Municípios a competência para disciplinar a matéria com maiores minúcias, refletindo as realidades locais. Portanto, o procedimento da licitação poderá ser regido por mais de uma Lei, além da federal n. 8.666/93.

A entrega dos envelopes com a documentação e a proposta ocorre conjuntamente, no mesmo dia, hora e local. Seria inválida a cláusula do Edital que dispusesse em contrário: a entrega da documentação em momento distinto da proposta.

A omissão de qualquer dado constante do *caput* do art. 40 do preâmbulo do Edital pode acarretar invalidação do certame, desde que se comprove que tal omissão causou prejuízo a um interessado. “ Não cabe contrapor que, no corpo do edital, existiam os dados omitidos no preâmbulo. Se a Lei reputasse suficiente o corpo do edital, não teria aludido ao preâmbulo.”⁶¹ Portanto, não se pode interpretar o referido dispositivo de forma a torná-lo dispensável, pois assim se estaria fazendo letra morta de prescrição legal.

⁶¹ Marçal Justen Filho. ob. cit., p. 240.

3.3.2 - DESCRIÇÃO DO OBJETO

A descrição do objeto é o ponto central do Edital; o enunciado é que dá corpo e sentido ao instrumento. A lei de licitação definiu como requisito do Edital, art. 40, I, a descrição do objeto, que deverá ser *sucinta e clara*. A clareza é a base do dispositivo, pois definirá a extensão explicativa do objeto. Subsidiariamente, tem o dever de ser sucinto, sempre na medida do possível, até o ponto que não comprometa a compreensão do objeto.

Outrossim, o Edital deve fornecer, como segurança jurídica para os proponentes, a definição clara e precisa do objeto que se quer licitar. Destarte, somente com o cumprimento desses requisitos, os interessados poderão saber o que propor com a objetividade que é imprescindível ao julgamento. A confusão e a indeterminação do objeto geram ofertas heterogêneas e inequívocas entre si, acarretando julgamento subjetivo que se deve evitar sempre.

A clareza na identificação do objeto compreende um número de características necessárias para proporcionar aos interessados o conhecimento exato do bem que se está licitando. Essas características devem ser suficientes para que os proponentes possam definir o leque de alternativas que eles irão propor. Da falta de clareza no Edital resulta invalidação do instrumento.

Ponto controvertido é o grau de discricionariedade que o administrador pode dispor para especificar o objeto. Esse grau pode variar entre um mínimo e um máximo aceitável de especificação⁶². O mínimo de especificações circunscreve a descrição de um objeto que viabilize a apuração de um critério de julgamento objetivo factível a mensuração das propostas. Só com esse mínimo é que se podem comparar as propostas entre si, frente a um critério objetivo. O Edital “que não circunscreva suficientemente o objeto, rende ensejo a ofertas tão díspares que o critério de julgamento se esvazia de qualquer teor de objetividade”⁶³.

O limite máximo para a especificação admissível é aquele que não individualiza o objeto. O desrespeito a esse limite vicia a licitação, transformando-a em falaciosa.

Não cabem especificações sem pertinência lógica com o interesse público que se quer promover. As minúcias singularizam um objeto que não é singular, produzindo, então, um Edital dirigido. “Edital que circunscreva excessiva e desnecessariamente o objeto, alija do certame quem poderia disputar a licitação trazendo propostas suscetíveis de atenderem ao interesse administrativo.”⁶⁴

O objeto da licitação deve ser equivalente, intercambiável e homogêneo, pois, sem essas características de identidade, as propostas tratariam de objetos distintos, inviabilizando o certame. Por exemplo, se um proponente apresentar máquina de escrever e

⁶² Celso Antônio Bandeira de Mello. *Licitação*. p. 34-36.

⁶³ *Idem*, ob. cit., p. 36.

⁶⁴ *Idem*, ob. cit., p. 36.

se outro apresentar computador, os gêneros são distintos, não sendo confrontáveis. A margem de liberdade do administrador deve respeitar o mínimo de especificação, para a compreensão do objeto, e um máximo, para que não o singularize. A determinação das características pautar-se-á pela relevância do elemento, dada pela finalidade que terá o objeto.

A busca da precisão deve ser objeto de atenção constante na confecção do Edital, pois este é a “lei interna da licitação”, e da sua publicação nasce a primeira relação jurídica. “Nulo, portanto, é o Edital, omissos em ponto jurídico-administrativo essencial, sobretudo quando o objeto da licitação, no certame competitivo, não se declara harmônico com a intenção da vontade administrativa”⁶⁵, vontade esta que só pode ser manifestada em função do interesse público, ou, como denomina Alessi, interesse coletivo primário⁶⁶.

Ademais, os detalhes técnicos constarão do anteprojeto, acompanhado de memoriais, especificações, plantas e outros elementos complementares. Meirelles aponta a definição, ou seja, a delimitação do objeto como condição de legitimidade da licitação. Essa especificação é dispensada quando o objeto for padronizado por normas técnicas, bastando nestes casos sua indicação oficial, porque nela se compreendem todas as características definidoras, como é o caso do projeto executivo (art. 6º., X, da Lei n. 8.666/93). As normas da ABNT (*Associação Brasileira de Normas Técnicas*) são expressas pela Lei n. 4.150/62; no entanto, pode ocorrer que a entidade promotora possua caderno contendo normas que disciplinem as especificações do objeto licitado, hipótese em

⁶⁵ Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. ob. cit., p. 266.

⁶⁶ *Apud* Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. p. 32.

que ele deve ser indicado no Edital. No âmbito da licitação internacional a normalização está a cargo da ISO (*International Organization for Standardization*), da ASA (*American Standard Association*, dos EUA) e da DIN (*Das Ist Norm*, da Alemanha)⁶⁷, dentre as mais importantes.

Outra questão relevante, refere-se aos casos de fracionamento e fusão do objeto. O fracionamento do objeto licitado enseja frequentemente motivos para muitas discussões e impugnações de Editais. O requisito básico para que ocorra o parcelamento é a possibilidade da divisão material, sem que perca com isso a função a que se destinava. Se for impossível a repartição física do objeto, então qualquer possibilidade de fracionamento da licitação será descartada.

O fracionamento é possível quando se respeitam as balizas muito claras do instituto da licitação. Assim, o propósito da divisão não pode ser de se esquivar da modalidade mais abrangente para promover outra mais simples, e muito menos o de fugir da licitação através da dispensa em razão do valor diminuto. Ademais, a competitividade não poderá ser restringida, no mínimo mantida a mesma, se o objeto não fosse dividido. A idoneidade da licitação também é causa que fulmina qualquer possibilidade de escolha pelo parcelamento. Se o resultado for prejudicial ao interesse público, então o objeto do certame deverá ser mantido único.

Exemplo que bem elucida o tema é o da licitação das obras de duplicação da BR - 101, trecho Garuva - Palhoça. A duplicação desta obra foi dividida em vários lotes,

⁶⁷ Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1997. 22ª. ed., p.251-252.

que compreendem certa quilometragem. Primeiro, o objeto do certame é divisível fisicamente sem que ocorra a perda da função, pois qualquer trecho duplicado pode ser utilizado independentemente do outro. E segundo lugar, o objetivo foi de conclamar o maior número de proponentes, desde o pequeno empreiteiro que poderia arcar com o ônus de um trecho até os grandes consórcios que teriam sustentáculos para realizar o segmento total das obras.

Luiz Alberto Blanchet extrai algumas conclusões práticas do fracionamento, tais como: a viabilidade de parcelamento do objeto da licitação é exceção e não a regra; o parcelamento será sempre inviável quando a solução mediante o parcelamento é menos vantajosa para o interesse público do que a solução não fracionada; o parcelamento não é só viável, mas obrigatório, quando somente mediante sua prática a finalidade da licitação poderá ser satisfeita; o parcelamento é também a única opção mediante a qual se haverá de assegurar a observância das normas e princípios jurídicos⁶⁸.

Na esteira da divisibilidade do objeto, surgiu a Lei n. 9.648/98, que aditou o art. 23, da Lei n. 8.666/93, com o parágrafo 7º.⁶⁹, permitindo que se possa cotar, na proposta, quantidade inferior à demandada na licitação, mas somente nos casos de compra de bens divisíveis em que não houve vedação expressa no Edital. O objetivo justificado foi o de ampliar a competitividade do certame.

Há casos em que o bem individual não alcança um fim determinado, somente quando agrupado a outros, como por exemplo um livro que compõe um dicionário em

⁶⁸ Luiz Alberto Blanchet. *Licitação: O Edital à Luz da Nova Lei*. Curitiba: Juruá, 1994. 2ª.ed., p. 122-123.

⁶⁹ Dispositivo introduzido na Lei n. 8.666/93, através da Lei n. 9.648/98, publicada em 27.05.98 no DOU.

vários volumes⁷⁰. Nesses casos ocorrerá a fusão de objetos para uma licitação. O requisito básico para que isso aconteça é que haja a possibilidade de esses objetos serem reunidos num único. Todas as demais regras aplicadas ao caso de fracionamento do objeto são igualmente aplicadas aqui para avaliar se há possibilidade de fundir os objetos, excetuada a primeira assertiva, que dispõe sobre a fuga da licitação ou a simplificação da sua modalidade. A fusão não pode objetivar a elevação do valor do certame como forma de alijar proponentes.

3.3.3- UNIVERSO DOS PROPONENTES

O instrumento convocatório deve circunscrever requisitos necessários para que os interessados possam participar da licitação. Esses requisitos comprovam a idoneidade dos proponentes à habilitação.

A Constituição da República, no seu art. 37, XXI, estabelece que a licitação somente deve impor as exigências de qualificação técnica e econômica indispensável à garantia do cumprimento das obrigações.

⁷⁰ Luiz Alberto Blanchet, ob. cit., p. 123.

A Lei n. 8.666/93, no art. 27, discrimina quais são os requisitos que se poderão exigir para: habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal. Com estes requisitos, quer-se comprovar a idoneidade do interessado e a responsabilidade da proposta que ele vai oferecer.

A idoneidade é característica da pessoa física ou jurídica, mas não da proposta. A capacidade jurídica visa garantir a aptidão legal que o interessado deve ter para efetuar um eventual contrato; não basta ter personalidade jurídica. A capacidade jurídica se apura de acordo com a legislação civil e comercial.

Exigências desproporcionais viciam o ato convocatório. Como exemplo temos a concorrência 02/86 promovida pelo depósito de Subsistência da 1ª. Região Militar, o qual editou cláusula que exigia dos proponentes o tempo mínimo de três anos de existência. A juíza federal relatora decidiu "...excluir do edital de licitação, a cláusula que se apresenta restritiva quanto ao prazo mínimo de existências das empresas"(recurso Voluntário n. 89.02.02702-3-RJ)⁷¹. Tal exigência foi considerada descabida porque não guardava relação de pertinência com o certame, ferindo, assim, o princípio da igualdade de oportunidades e livre iniciativa.

A qualificação técnica e econômico-financeira objetiva resguardar o interesse público, a continuidade do serviço, que não poderia ser diferente, pois a administração não pode avançar com quem oferece riscos maiores de não cumprimento das obrigações. O interessado deve poder executar a prestação do objeto e arcar com os ônus, custos e

⁷¹ BLC, n. 4, abril/95, p. 206.

responsabilidades, inerentes à execução do futuro contrato.

A verificação da regularidade fiscal tem por objetivo comprovar que o proponente está em dia com a Fazenda Pública; do contrário seria gratificar a concorrência desleal, pois quem não paga os tributos pode oferecer um preço menor que os outros que cumprem com suas obrigações. Todavia, a Administração não tem função de fiscal público, como muitos propugnam. O escopo da lei é colocar em igualdade os proponentes. Portanto, não cabe à Administração discutir o mérito das declarações de negativa de débito ou parcelamentos da dívida que trazem negação da inadimplência, basta o promotor do evento aceitar tal documento.

De modo nenhum se pode impedir que, durante o prazo de publicidade do Edital, as pessoas interessadas se preparem, se ajustem e se adaptem para atender aos requisitos de participação. Não é possível fixar requisitos que devam estar atendidos antes ou no momento da publicação do Edital. Isso só serve para propiciar a venda de informação privilegiada⁷², mesmo porque o objetivo do certame é trazer o maior número de proponentes.

A capacidade técnica e a financeira exigirão maiores ou menores requisitos, conforme o objeto em questão. O Edital determinará, no caso concreto, quais os requisitos que deverão ser atendidos, proibidas as condições impertinentes, inúteis e desnecessárias⁷³.

O art. 40, inciso VI, da Lei de Licitações, que define a estrutura do Edital

⁷² Adilson Abreu Dallari. ob. cit., p. 111.

⁷³ Idem. ob. cit., p. 114.

estabelece as condições para participação do certame e remete para os arts. 27 a 31 da mesma Lei. Estes, por sua vez, apontam a documentação que *poderá* ser exigida para a habilitação. O entendimento doutrinário é unânime em admitir que as exigências postas são de caráter exemplificativo e que esse rol variará de acordo com a complexidade do objeto. Vale frisar que o entendimento não poderia ser outro, pois senão estariam violando as balizas da proporcionalidade, razoabilidade e finalidade, desdobramentos dos princípios da isonomia e da legalidade.

A exigência legal é o limite máximo do que se poderá pedir. A documentação adequada a cada certame é juízo que cabe ao promotor do certame definir, de acordo com a relevância, a complexidade e o valor do objeto. C. A. Bandeira de Mello o salienta que não há sequer possibilidade de se estabelecer um padrão universal de idoneidade⁷⁴.

As áreas que deverão ser comprovadas são essas; porém cabe ao administrador uma certa margem de discricionariedade para estabelecer os padrões mínimos para a comprovação das idoneidades técnica e econômico-financeira específica do certame em questão.

Note-se, então, que o juízo de discricionariedade deve estar na proporção exata entre a exigência adequada e o resultado pelo qual a licitação propugna. No ensinamento do mestre Geraldo Ataliba, para mensurar a discricionariedade, deve-se procurar a “correlação lógica concreta entre o fator de discrimen e a diferenciação conseqüente.”⁷⁵ O

⁷⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Licitação*. p. 38.

⁷⁵ Geraldo Ataliba. *ob. cit.*, p. 159.

princípio da igualdade deve permear as limitações estatuídas para que não excedam o necessário.

Não há dúvida de que a discricionariedade tem limites e bem claros: são eles a finalidade jurídica e a necessidade da discricção administrativa. A finalidade jurídica é satisfazer adequadamente a certo interesse, que pode servir, unicamente, como critério para adoção da medida; de outro lado, a decisão tomada não pode ir além do que for indispensável para alcançar o resultado ou o interesse que legitima a liberdade decisória⁷⁶.

O objetivo da comprovação da idoneidade é saber se aquelas pessoas que pretendem contratar têm ou não condições para fazê-lo. Não deve haver rigidez excessiva. Na jurisprudência, o clássico acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (no AgP 11.363) apontou para este sentido: “Em razão desse escopo, exigências demasiadas e rigorismos inconstitucionais com a boa exegese da lei devem ser arredados. Não deve haver nos trabalhos nenhum rigorismo e na primeira fase da habilitação deve ser de absoluta singeleza o procedimento licitatório”⁷⁷.

Outro exemplo desse rigorismo que extrapola o que de razoável se poderia exigir é o Edital de licitação n. 38/96 de Concorrência Internacional do Porto de São Francisco do Sul para aquisição de dois guindastes sobre pneus. Estipulou entre os documentos relativos à capacidade técnica - “ Comprovação, mediante a apresentação de atestado(s) fornecido(s) por pessoas jurídicas de direito público ou privado, da existência em operação no Brasil de no mínimo 02 (dois) guindastes, iguais ou similares ao objeto

⁷⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Licitação*. p. 39.

⁷⁷ *Apud* Adilson Abreu Dallari. ob. cit., p. 115.

desta licitação, informando os locais onde se encontram operando (item 2.3.2)”. Em acórdão, o Desembargador Relator ratificou: “Anotou o Dr. Juiz de Direito que tais requisitos, no que se refere à apresentação da ‘documentação relativa à qualificação técnica’, estão **limitados** no art. 30, incisos I a IV, da lei n. 8.666/93, sendo que ali não há nenhuma obrigação no sentido de comprovar a requerente **que já tenha fornecido equipamentos iguais ou similares ao objeto desta licitação** (item 2.3.1), ou ainda, a **existência em operação no Brasil de no mínimo 02 (dois guindastes) iguais ou similar (sic) ao objeto desta licitação, informando os locais aonde se encontram operando** (item 2.3.2)”(Agravo de Instrumento n. 96.009082-7, TJSC. Des. Rel. Nelson Schaefer Martins. julgamento em 25.02.97).

Do descumprimento das regras sobre as condições de participação dos proponentes resulta a exclusão do licitante por ausência de condições do direito de licitar. Contudo, os requisitos de capacitação dos proponentes devem excluir, sabiamente, quem não puder arcar com os compromissos do objeto da licitação.

3.3.4 - DELIMITAÇÃO DAS PROPOSTAS

As propostas devem ser apresentadas em conformidade com os termos da Lei e do Edital, sob pena de serem desclassificadas, mediante exclusão da proposta em desconformidade com as exigências necessárias para participar da licitação.

A proposta é um documento que se limita a aceitar as condições do Edital, indicando um preço para executar determinada obra, serviço ou compra. A proposta comercial tem que esgotar todas as questões econômico-financeiras do futuro contrato.

Para que as propostas se conformem com os termos exigidos, a doutrina definiu alguns requisitos que devem ser observados na classificação. Marcelo Caetano aponta três requisitos para as propostas: que sejam sérias, firmes e concretas⁷⁸; Dallari acrescenta mais um: ajustadas às condições do edital⁷⁹.

Proposta séria é aquela feita com propósito de ser mantida, podendo a Administração exigir uma garantia tal como caução em dinheiro, títulos da dívida pública ou fidejussória, fiança bancária e seguro-garantia. A proposta não pode ser alterada após a sua apresentação, e nem pode conter cláusula que altere automaticamente suas condições.

Propostas que atentem contra a seriedade são consideradas inexequíveis, podendo derivar de aspectos técnicos ou do preço normalmente baixo. A proposta pode adotar execução do contrato por vieses técnicos distintos do que foi imposto pela Administração, neste caso extrapolando os limites de exequibilidade definidos no Edital. Se o proponente apresenta preço vil, a Administração não pode compactuar e meter-se em contratações aventureiras, pois não é permitido ao administrador colocar em risco os interesses da coletividade. No dizer de C. A. Bandeira de Mello, "O que não é sério por parte do licitante não pode converter-se em sério por ato da Administração"⁸⁰.

⁷⁸ Apud Celso Antônio Bandeira de Mello. *Licitação*. p. 62.

⁷⁹ Adilson Abreu Dallari. ob. cit., p. 131.

⁸⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Licitação*. p. 67.

Meirelles acrescenta: “Pouco importa se, após malfadar um contrato administrativo - por ser a proposta do contratado inexecutável - a Administração possa executar a caução ou se ressarcir do dano econômico de uma ou de outra forma. Mesmo que isso ocorra, já advirá dano à coletividade, dano esse consubstanciado na interrupção do serviço, na protelação da execução da obra ou com a duplicação de gastos burocráticos não reembolsáveis, efeito da abertura de um novo e longo processo de licitação.”⁸¹

Ademais, a proposta deve ser firme, sem quaisquer reservas ou condições. Como a proposta não pode ser alterada depois da sua apresentação, também não pode conter cláusula restritiva, resolutiva ou excepcional⁸², que a altere automaticamente.

Quando a proposta está vinculada a algum evento ou circunstância alheia ao definido no Edital, isto acarretará sua desclassificação. Não se pode propor algo subordinado a circunstâncias, hipóteses, exigências, condições que não façam parte do instrumento convocatório, pois ofenderiam a igualdade entre os licitantes que concorrem em vista dos termos do Edital.

Com efeito, os proponentes devem fazer suas ofertas sobre as mesmas bases, contando com as facilidades idênticas. Qualquer tolerância com alguma irregularidade trará incerteza aos demais concorrentes.

No entanto, há uma dúvida a ser esclarecida: o que fazer com aquelas propostas que se amoldam aos critérios definidos no Edital, mas, além disso, oferecem

⁸¹ *Apud* Adilson Abreu Dallari, ob. cit., p. 133.

⁸² *Apud* idem, p. 129.

vantagens extras ? O *plus* terá que ser simplesmente desconsiderado se for claramente destacável do conteúdo da oferta permitida, ignorando-se qualquer vantagem adicional para efeito de classificação. Porém, se for impossível dissociar a vantagem extra do que poderia ser objeto da proposta, conforme o Edital, cabe a desclassificação da proposta. Nesta hipótese não teria como separar a vantagem do conteúdo da oferta admissível sem prejudicar a própria proposta.

Proposta concreta é aquela que oferece todos elementos bem definidos. O seu conteúdo está determinado nela mesma, não fazendo remissões a ofertas de terceiros.

A determinação do preço é um fator de concreção da proposta. Por exemplo, não pode conter preço indeterminado, como “vinte por cento abaixo do melhor preço ofertado ou preço mais baixo de todos”. Nestes casos o ofertante não especifica o real conteúdo, ficando sempre em dependência de outra proposta.

Além do preço há outros elementos que deverão apresentar-se bem definidos. “Não pode haver vantagens indefinidas nem promessas de fornecimento ou utilização de determinado material ou similar. Logicamente o que é semelhante não é igual, mas a verdade dos fatos é que a similitude tem servido de porta larga a administradores ou licitantes inescrupulosos”⁸³.

Por derradeiro, a proposta deverá estar ajustada às condições do Edital. Esse requisito é óbvio e de fácil verificação, pois a proposta cinge-se às exigências da

⁸³ Adilson Abreu Dallari, ob. cit., p. 130.

convocação, decorrência dos princípios do instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

Com vista ao ajuste da proposta ao Edital, qualquer descumprimento, por pequeno que seja, acarreta desclassificação da proposta, inclusive por omissão em preencher algum dado. Ressalva se faz com relação a defeitos ínfimos, geralmente de forma, irrelevantes, que poderão ser superados. O importante é que, no confronto da proposta com o Edital, a Administração não tenha que fazer qualquer suposição do conteúdo, pois não é dado ao administrador presumir algo. Por isso, as propostas devem evitar a obscuridade, a imprecisão técnica e terminológica, e devem não permitir interpretação subjetiva para quem as analisa.

A proposta mais vantajosa resultará do cotejo entre todas as propostas habilitadas em face aos critérios de julgamento, que se verá a seguir.

3.3.5 - CRITÉRIOS DE JULGAMENTO

A Lei n. 8.666/93, no seu art. 40, VII, prevê entre os requisitos legais do Edital, que constem em seu texto os critérios para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos. O conceito de critérios de julgamento deve ser construído de forma sistemática e pela interpretação conjugada de dispositivos constitucionais e legais⁸⁴.

Os critérios definidos no ato convocatório servirão de parâmetro para a classificação das propostas. As vantagens para a Administração deverão ser mensuradas e ordenadas conforme as balizas apontadas no Edital. Esses critérios predefinidos têm a função de garantir aos proponentes e, também, aos administrados regras objetivas que indicarão o vencedor do certame.

O texto legal estabeleceu tão-somente que os critérios para a classificação devem constar do Edital, sob pena deste ser impugnado; no entanto não diz quais seriam esses critérios. O art. 40, VII, não dispõe, em nenhum momento, que o Edital deve conter o tipo de licitação, mas fala que a convocação deve indicar obrigatoriamente o critério de julgamento.

Abrem-se parênteses para fazer a distinção entre tipos de licitação, critérios e fatores de julgamento. Muitos doutrinadores tratam dessas categorias sem nenhuma preocupação terminológica. Ao longo deste trabalho, o autor utilizou expressões

⁸⁴ Marçal Justen Filho. ob. cit., p. 243.

supracitadas com o máximo de rigorismo filológico; no entanto ele se exime de qualquer crítica quando parafrasear outras obras.

O problema da confusão terminológica quanto ao tipo, critério e fator se origina do antigo Decreto-Lei n. 2.300/86. Em seu art. 36, falava em fatores de julgamento e discriminava quais eram: “No julgamento das propostas, a comissão levará em consideração os seguintes fatores: I - qualidade; II - rendimento; III - preço; IV- prazo, e V - outros previstos no edital ou convite”. O antigo Estatuto das Licitações tratava os termos *tipos* e *fatores* com a distinção correta. Contudo, a nova Lei dispôs, no art. 45, *caput*, que o julgamento se pautará “...em conformidade com os *tipos* de licitação, os *critérios* previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os *fatores* exclusivamente nele referidos...”(grifo acrescido). O legislador ordinário perdeu a ocasião para suplantar tal impropriedade.

Os “tipos de licitação” a que se refere a Lei não significam nada isoladamente. Esclarecem os autores Rigolin e Bottino que “Os tipos de licitação existentes na L. 8.666 são desabridamente, de fato, *critérios de julgamento*, e nada além disso. Julga-se uma licitação *pelo critério* da melhor técnica, ou *pelo critério* do menor preço, ou *pelo critério* da técnica e preço, é o que a lei deveria ter determinado com clareza, e não mantido a denominação, inteiramente convencional e nada significante só em si, de ‘tipos’.”⁸⁵

Critério significa “aquilo que serve de base para a comparação, julgamento ou apreciação”⁸⁶. É o modo, editado no ato convocatório, pelo qual se combinam todos os

⁸⁵ Ivan Barbosa Rigolin - Marco Tullio Bottino. ob. cit.. p. 180.

⁸⁶ Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. ob. cit.. p. 188.

fatores de julgamento para eleger a proposta mais vantajosa. O fator é a célula do critério, sua menor partícula. São exemplos de fatores: garantia, durabilidade, rendimento, qualidade, assistência técnica, produtividade, resistência, suporte de serviços, prazos de entrega e outros. Todavia, critérios são apenas os discriminados no art. 45 da lei como tipos de licitação.

O texto legal e a boa técnica de confecção do Edital impõem que conste desse instrumento um quadro sinóptico expressando o tipo de licitação. Na coleta de casos práticos, cita-se aqui a Tomada de Preços n. 13/96 do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia que promoveu licitação para a aquisição de hardware. Estipulou-se como tipo de licitação *técnica e preço*. Discriminou-se o critério técnica em fatores de qualidade, prazo de entrega, prazo de garantia, nota de potência, nota da autonomia, além de outros, os quais foram graduados através de fórmulas que mensuravam os fatores, conforme segue:

Para o fator prazo de entrega, utilizou-se a fórmula $NP = \frac{MP \times PI}{PA}$

PA

Nessa fórmula, NP é a nota para o prazo de entrega; MP é o menor prazo de entrega apresentado; PI é a nota atribuída à característica adicional prazo de entrega respectivo a cada equipamento (baseado no anexo I, parte II, do respectivo edital); e PA é o prazo de entrega da proposta em análise⁸⁷. Do somatório de todos os fatores mensurados através de equações resultará a avaliação dos proponentes quanto ao critério *técnica*,

⁸⁷ <http://ronet.com.br/~tjro/convite.html>. p. 4.

eliminatório no certame do tipo técnica e preço. Dessa maneira, pode-se apurar as melhores propostas de forma aritmética, sem perigo de subjetivismos injustificáveis.

O administrador detém um juízo discricionário para optar, no caso concreto e de modo objetivo, pelos fatores que atinjam melhor a finalidade do certame. Apesar da margem de discricionariedade do administrador, o Edital tem que atender ao interesse público, pois todo ato administrativo é vinculado quanto a finalidade.

O administrador tem o dever de descobrir quais são os critérios e fatores mais adequados para que a licitação atinja seu escopo. Quanto mais detalhados os critérios, tanto mais objetiva será a classificação.

Miguel Reale, em parecer sobre Concorrência Pública, discrimina os critérios⁸⁸ de julgamento em duas espécies. Primeiro, os critérios quantitativos, que seriam passíveis de mensuração objetiva: preço, tempo, peso, dimensão em geral, rendimento dos equipamentos, número de pessoas ou equipamentos aplicados ao serviço, metodologia ou tecnologia aplicada, unidades de bens ou serviços produzidos etc. Em segundo, os critérios qualitativos, que possuem um tanto de valoração subjetiva: experiência ou especialização do proponente no objeto do contrato, gabarito dos técnicos da empresa, qualidade do equipamento a fornecer ou aplicar ao serviço, prestação de melhor assistência técnica, maior facilidade de obtenção de peças de reposição, metodologia adotada, tecnologia aplicada etc⁸⁹.

⁸⁸ Note-se que há uma impropriedade terminológica quanto ao termo empregado pelo autor (Miguel Reale), pois onde se lê critérios quer-se exprimir fatores.

⁸⁹ *Apud* Adilson Abreu Dallari. ob. cit., p.138.

Deve-se evitar o emprego dos critérios (no caso fatores) qualitativos em razão do juízo de subjetividade que permeará a apreciação. Se a avaliação subjetiva se tornar a única realizada, acarretará nulidade do certame. Os elementos objetivos são a regra para classificação da proposta. Pode-se optar por uma equação que atribua pesos a cada elemento e depois efetue a média ponderada⁹⁰, classificando em ordem decrescente.

Nesta fase de classificação, cabe ordenar as propostas que proporcionem as melhores vantagens para a Administração. Os fatores de avaliação devem ater-se ao conteúdo do objeto licitado. Descabe, introduzir entre os fatores para a classificação, qualidades que sejam dos licitantes e não das propostas. “O que já foi ajuizado para fins de habilitação do ofertante não pode ser reintroduzido depois e avaliado para efeito de classificação”⁹¹. Nesse momento, quer-se avaliar as vantagens decorrentes do que está sendo proposto e não reavaliar quem propõe.

A reutilização de fatores que já serviram para o exame da habilitação de licitantes é ilegal, conforme a posição pacífica na doutrina e jurisprudência, como vimos no texto supramencionado.

Os critérios de julgamento definidos pela Administração deverão ater-se aos definidos em Lei (art. 45, par. 1º.), a saber: *menor preço, melhor técnica, técnica e preço*. Além desses, há o tipo de *maior lance* exclusivo para os casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso, que não será objeto do presente estudo, pois é critério de fácil compreensão, cingindo-se à modalidade de leilão.

⁹⁰ Adilson Abreu Dallari. ob. cit., p. 138.

⁹¹ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Licitação*. p. 69.

A Lei de Licitação adotou como regra do procedimento o critério *menor preço* (art. 45, par.1º., I), enquanto os outros tipos têm sua utilização condicionada a determinados contratos e dependentes de autorizações especiais. “Quando o Edital não indicar expressamente qual o tipo de licitação ou o fator de julgamento, deve-se presumir que o critério de julgamento é o de *menor preço*, pois é aquele que traz uma objetividade implícita”⁹².

Esse critério deve ser sopesado com todos os outros fatores que tenham repercussão econômica, pois é desse confronto que se extrai o menor preço efetivamente. Em artigo, Carlos S. de Barros comenta nestes termos o resultado desse confronto: “A simples circunstância do preço mais barato, sem pô-lo em conexão com outros critérios relativos à qualidade do material ou mercadoria, prazos de entrega e realização, poderia ensejar até o estímulo a propostas descriteriosas e desonestas”⁹³.

A Administração deve preferir o preço mais justo ao menor valor nominal, pois somente aquele terá correspondência à qualidade daquilo que se está ofertando, evitando transtornos e prejuízos que fatalmente advirão de propostas inexecutáveis. Se houver diferença de qualidade ou durabilidade, por exemplo, e estes forem importantes, pode ocorrer que o mais barato se torne o mais caro. O tipo *menor preço* pode estar contido na oferta numericamente maior. “Daí que se a legislação só admitir classificação com base no *melhor preço* ou *menor preço*, parece-nos que só por isso não estão fechadas

⁹² Adilson Abreu Dallari. ob. cit., p. 143.

⁹³ *Apud idem*, p.142.

portas a uma interpretação que implique (...) prestigiar a oferta que proponha valor efetivamente, e não apenas nominalmente menor⁹⁴.

Apesar da interpretação extensiva que se pode extrair da expressão *menor preço*, a Lei n. 8.666/93 não dá margem a outra interpretação senão à literal do menor valor nominal. O critério do *menor preço* é o mais objetivo, mas nem sempre é o mais econômico e o mais vantajoso.

No entanto, se o Edital escolheu, dentre todos os fatores, qualidade, rendimento, condições de pagamento, durabilidade, garantia e outros, o *preço* como fator base, será porque tomou de maneira autônoma, independente dos fatores, descabendo no momento da classificação que se faça cotejos com qualquer outro que não constou do texto da convocação, pois do contrário estaria gerando surpresas aos proponentes, que nunca deve ser admitido.

Outro critério é o de *melhor qualidade* invocado quando o objeto exige que este seja realçado e tomado como decisivo para fins de classificação. Nesse tipo de licitação, o preço não é o elemento principal, mas sim a qualidade.

No Edital, em caso de *melhor técnica*, deve constar o limite máximo pelo qual a Administração se propõe a pagar (art. 46, par. 1º). A melhor técnica pressupõe um valor preestabelecido e pautas que levem à aferição objetiva, todos definidos no instrumento convocatório.

⁹⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Licitação*. p. 70.

O julgamento das propostas, quando a licitação é do tipo *melhor técnica*, torna-se menos objetivo, pois os fatores permitem um juízo maior de discricionariedade. Em razão disso, a escolha da melhor proposta será sempre justificada à autoridade competente. “Não é demais ressaltar que em todos os casos em que se adote critério de classificação alheio ao do menor preço é mister que o Edital seja perfeitamente explícito quanto a isto e enuncie tudo o que se tomará em consideração e como será tomado.”⁹⁵

O critério de *melhor qualidade* encerra um teor de subjetivismo que, se não for delimitado pelo ato convocatório, pode acarretar nulidade do procedimento. Os critérios precisam ficar bem claros, aferíveis, não podem depender de apreciação subjetiva, devem ser explicados e justificados.

Nos caso em que a objetividade não pode ser absoluta, aritmética, a subjetividade será mitigada⁹⁶, pois julgamento baseado totalmente em critério subjetivo é arbítrio do promotor. O valor atribuído a cada exigência técnica deve ser coerente com a importância desta para a consecução da finalidade da licitação, propiciando que os licitantes cheguem com segurança à mesma conclusão do que quer a Administração.⁹⁷

No Edital, as pautas a serem consideradas devem estar o mais explícitas possível, proporcionando aos proponentes segurança no que e como propor. A falta dessas pautas vicia o ato de convocação. Convém quantificar os fatores pela atribuição de pontos ou pesos atribuídos aos diversos itens. “Não há, todavia, como indicar antecipadamente

⁹⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Licitação*. p. 72.

⁹⁶ Adilson Abreu Dallari. *ob. cit.*, p. 144.

⁹⁷ Luiz Alberto Blanchet. *ob. cit.*, p. 95.

quais os limites exatos a serem observados em cada caso.”⁹⁸ A solução da questão sempre recai nas balizas estabelecidas pelos princípios estudados no capítulo anterior deste trabalho.

Quando se trata da aferição qualitativa de um procedimento licitatório, muitas vezes o promotor do certame não detém a técnica exigida para a confecção do Edital; para tanto devem-se buscar laudos e pareceres técnicos que auxiliem na proposição dos melhores fatores.

Frisa-se que “as condições técnicas inaceitáveis são somente aquelas que incontroversamente inviabilizarão ou comprometerão o atendimento das exigências do pressuposto fático, e jamais aquelas que o agente da Administração quer ou pensa que sejam tecnicamente inadmissíveis. O agente em tal caso deve, evidentemente, ter formação técnica compatível com a área de conhecimento técnico envolvido (...) necessário que seus conhecimentos sejam suficientes e eficazes para cumprir a tarefa, (...), se ele errar, ainda que por imperícia, sem qualquer intenção portanto, deve ter a sua responsabilidade apurada. (...). Por mais complexos e especializados que sejam os aspectos extrajurídicos relevantes para a elaboração do edital, os profissionais responsáveis jamais poderão agir como se tais conhecimentos fossem ‘esotéricos’ e não aferíveis objetivamente.”⁹⁹

O critério *melhor técnica* se justifica pelo fato de a Administração necessitar de qualidade na consecução dos serviços que são, principalmente, de natureza intelectual e submeter o licitante ao que ela se dispõe a pagar.

⁹⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Licitação*. p. 72.

⁹⁹ Luiz Alberto Blanchet. ob. cit., p. 93-94.

Por último, no critério de julgamento aprecia-se a conjugação do preço e da técnica. O preço e a qualidade são apreciados separadamente, atribuindo uma ponderação a cada um deles.

Fixa-se certa pontuação, com nota mínima para a parte técnica, a ser atingida pelas propostas. Nesse primeiro momento exclui-se toda proposta com nota inferior ao patamar exigido, não se considerando os preços.

Após análise do critério *técnica*, classificar-se-á a proposta pelo critério *preço*. Só serão apreciadas as propostas que alcançarem a nota mínima. O contraste de preço indicará a proposta mais vantajosa. Os aspectos técnicos são eliminatórios no julgamento, enquanto o preço ai classificar.

O instrumento convocatório deverá dispor, de forma clara, da mesma forma que se salientou nos outros critérios, o sistema de pontuação que se adotará na fase de julgamento sob pena de invalidação do Edital.

Embora os critérios *preço e técnica* sejam avaliados em momentos distintos, o dispositivo legal conjugou-os como um só tipo de licitação.

C. A. Bandeira de Mello, exemplifica com dois critérios utilizados em Editais que são juridicamente inaceitáveis¹⁰⁰. Um deles é o *preço médio*, pelo qual se atribui a vitória à proposta cujo preço estiver mais próximo do preço-médio das ofertas apresentadas. O mestre esclarece que, com um pouco de cálculo e muita sorte, qualquer

¹⁰⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Licitação*. p. 74.

proponente pode tornar-se vencedor do certame, resultando num verdadeiro jogo de azar. Outro critério é estabelecimento de um valor estimado, que permanece secreto para os licitantes. A proposta vencedora é aquela que chega mais próxima do valor secreto. Todos os dois critérios não são sérios, não buscam o negócio mais vantajoso. Transformam o procedimento licitatório pelos proponentes em busca da sorte.

Por derradeiro, faz-se necessário salientar o critério de desempate adotado pelo preceito legal, art. 45, par. 2^a. da Lei de Licitação, o sorteio, que não se confunde com critério de julgamento. O empate é resultado verdadeiramente improvável, mas, quando venha a ocorrer, deve ser resolvido de maneira absolutamente neutra. Este decorre da impossibilidade de resolver o equilíbrio pelos critérios que foram exauridos; então só resta o sorteio como via isonômica para dirimir o empate. Este momento constitui simples fase de julgamento e não pode ser dissociável. O desempate é procedimento que cabe à comissão realizar antes da homologação do resultado pela autoridade competente.

O Edital poderá ser viciado se não constarem os elementos necessários indispensáveis à sua confecção ou se contiver regra desnecessária ou em desconformidade com a legislação pertinente e com os princípios. Destina-se o item a seguir para a estudar alguns casos mais comuns de vícios do ato convocatório.

3.4 - VÍCIOS DO EDITAL

Nos itens anteriores estudaram-se a estrutura e o alcance que o instrumento convocatório deve seguir. Qualquer edição em desacordo com o exposto acima macula o Edital. A apreciação objetiva de cada cláusula só é possível no caso concreto; no entanto, apresentar-se-ão algumas impropriedades mais comuns.

A relação dos vícios do Edital não poderiam ser tratadas de forma exaustiva, mas tão-somente exemplificativa. Pretende-se apontar vícios que afetam a estrutura nuclear da licitação. C. A. Bandeira de Mello expõe algumas hipóteses¹⁰¹ que contrariam os princípios presidentes da licitação, conforme se explanará.

Há uma incidência muito grande quanto à desobediência ao dever de publicidade. Os promotores do evento divulgam o Edital de modo insuficiente, pela forma ou pelo prazo diminuto. Incide nesse erro quem publica e depois faz alterações substanciais sem republicá-las, causando decréscimo no prazo que deveria ser recomposto.

Na esteira de irregularidades traze-se à colação a decisão n. 661/96 (Tribunal de Contas - 014.945/95-9, DOU 04.11.96)¹⁰² referente a Concorrência n. 10/95, promovida pelo INPI- Instituto Nacional da Propriedade Industrial para a contratação de serviços de assistência médico-hospitalar e odontológica. No ato convocatório desta concorrência

¹⁰¹ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Licitação*. p. 44-45.

¹⁰² BLC - n. 8: agosto/97. p. 399-408.

constou cláusula, item 2.1.3, letra a.1, exigindo dos proponentes a comprovação no registro do CRM e do CRO para a prestação destes serviços. Tal cláusula foi impugnada, de vez que, segundo o proponente alegou, ele não pode obter esses documentos no CRM e no CRO pelo fato de que a entidade profissional competente, no caso das empresas seguradoras, é a SUSEP. A comissão fez as alterações necessárias; no entanto não republicou o Edital, nem reabriu o prazo para a apresentação das propostas. O referido Tribunal anulou o certame por infringência ao art. 21, par. 4º., da Lei n. 8.666/93, que impõe a nova publicação.

Outra irregularidade é a indicação inexata ou obscura do objeto ou, ainda, a especificação insuficiente que gera delimitação incorreta de propostas. Tais irregularidades fulminam o ato convocatório.

Ademais, são, também, impropriedades do Edital as cláusulas que estabeleçam índices ou fatores de capacitação desproporcionados aos encargos envolvidos na licitação, cláusulas de caráter aleatório ou discriminatório dos critérios de avaliação de propostas, cerceamentos de fiscalização do certame e ausências de cláusulas disciplinadoras do futuro contrato, todas hipóteses que acarretam ilicitude para o procedimento licitatório, pois colocam em risco o princípio da isonomia.

Além disso, corriqueira é a exigência editalícia, quanto à capacitação técnica, de atestados que comprovem a prestação de serviços a órgãos da Administração e dentro de limitado lapso temporal. É pacífico o entendimento dos tribunais a esse respeito, como segue o acórdão do recurso especial no Superior Tribunal de Justiça. O Ministro Milton Luiz Pereira (relator) proferiu que cláusula dessa natureza é descabida, *verbi gratia*, “tal

requisito fere o princípio da isonomia, alijando de pronto empresas novas ou outras que só tenham atuado na esfera privada, talvez com as melhores condições.” Continua o pretor argumentando que a restrição favorece o domínio de certas empresas, frustrando a possibilidade de outras concorrentes. “Demais, a **eliminação de concorrência** é uma das formas de **abuso do poder econômico**, cuja repressão também foi erigida em ‘canon’ constitucional (par. 4º., art. 173, C.F.)”(RESP n. 43.856-0 - RS, STJ - 1ª. Turma, julgado D.J. 04.09.95).

Na mesma linha exemplificativa, também Dallari, aponta exemplos ¹⁰³ dos vícios mais utilizados na prática da confecção do Edital. Comum é o Edital exigir uma declaração formal do proponente aceitando todos os termos do ato convocatório. A impropriedade é tanta, que a Administração força o proponente a renunciar a direito que nem mesmo poderia fazê-lo, pois há norma de ordem pública que dispõe o contrário. Esta cláusula de renúncia viola preceito dos direitos fundamentais. Exemplo disso é o princípio da jurisdição *una* art.5º., XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”(CR). A concordância de alguém com a ilicitude não tem condão de eliminar a ilegalidade.

Não é exceção encontrar Edital que veda a participação de proponente que mantenha qualquer litígio com o Poder Público. Também é outro caso que fere direitos fundamentais, princípios do direito de petição, da jurisdição *una*, de direito líquido e certo e demais garantias da cidadania, expressos no art. 5º., XXXIV, XXXV, LXIX e LXXIII, da Carta Magna.

¹⁰³ Adilson Abreu Dallari. ob. cit., p. 104-107.

Outro vício nos Editais é a exigência de quitação de débitos tributários, não admitindo a demonstração de que a exigibilidade está suspensa (arts. 151 e 206 do CTN).

Recentemente o Poder Público Federal criou o - CADIN - banco de dados de inscrição de débitos de particulares que estão inadimplentes com algum órgão ou entidade federal. Seja permitido transcorrer um trecho de Edital veiculado por uma empresa à época estatal (GERASUL, Concorrência n. 51489020, IP-12.8): “ A existência de registro da empresa, há mais de (30) trinta dias, no cadastro informativo (CADIN) dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais, constituirá fator impeditivo à formalização da contratação decorrente desta licitação.” Essa cláusula está com a eficácia suspensa, em função de liminar que o Supremo Tribunal Federal concedeu.

Freqüente, é a exigência de encargos que estejam atendidos em época descoincidente com aquela na qual teriam relevo de estar. É um absurdo o Edital fixar requisitos que devam ser atendidos antes da publicação ou no momento desta. “As condições devem estar presentes no momento em que o futuro contrato for executado e não em um momento do passado, muito menos no momento da publicação do edital.”¹⁰⁴

O Edital é instrumento que tenta chamar o maior número de proponentes, e não pode restringir a quem esteja disposto a se instrumentar para participar do certame. O lapso temporal entre a publicidade e a apresentação da documentação deve ser utilizado para que as pessoas se preparem para disputa da licitação. Por exemplo, se para uma obra é preciso determinada máquina, então ele não necessita dela dois meses antes da publicação

¹⁰⁴ Adilson Abreu Dallari. ob. cit., p. 106-107.

do Edital; basta comprovar sua posse no momento da abertura das propostas.

Para analisar os vícios do Edital de forma objetiva, resta-nos colocar os requisitos exigidos diante da proporcionalidade, finalidade e razoabilidade. O excesso de discriminação comprova a ilicitude da condição que poderá ser fulminada pela via administrativa ou judicial como se verá adiante. O fator de discriminação só é lícito se guarda proporcionalidade com o resultado que se espera, como tantas vezes já se tem dito, só mensurável no caso concreto.

3.5 - SANEAMENTO DO EDITAL

Se o instrumento convocatório é a espinha dorsal de todo o procedimento da licitação, qualquer impropriedade nele pode causar prejuízos tanto para a Administração, como anulação do certame, indenização dos licitantes e abertura de nova licitação, quanto para os proponentes, que dispenderão tempo e recursos para nada.

Para evitar transtornos e prejuízos maiores, a Constituição e a Lei de Licitação ampliaram os controles possíveis dos vícios do Edital.

3.5.1 - CONTROLE INTERNO

A Lei n. 8.666/93 dispôs que toda a minuta do Edital deve ser previamente examinada e aprovada por assessoria jurídica da Administração, art. 38, par. único. Reforça-se a importância e, agora, o dever de todas as minutas receberem o crivo do departamento jurídico da referida repartição pública, evitando, assim, que o certame se interrompa para solução de questões de menores montas, que poderiam ter sido corrigidas previamente com o aval de um especialista, profissional do direito.

3.5.2 - CONTROLE PELO TRIBUNAL DE CONTAS

A lei consubstancia importante instrumento de controle dos Editais pelo Tribunal de Contas competente. Dispõe o art. 113, par. 2^a., da Lei n. 8.666/93, que o Tribunal de Contas e os outros órgãos de controle internos podem solicitar, até um dia anterior à data de recebimento das propostas, cópia do Edital publicado. Se após análise, se comprovar que são necessárias modificações no corpo da convocação, a entidade promotora deverá adotar as medidas corretivas impostas pelo Tribunal.

Apesar de louvável intenção da busca do efetivo interesse público, esta norma padece de duvidosa constitucionalidade. Na terminologia adotada, é o Tribunal de Contas quem *determinará* as medidas corretivas cabíveis, e os órgãos ou entidades da Administração interessada *serão obrigados* a cumpri-los. A Constituição Republicana não forneceu poder ao Tribunal de Contas para que interferisse, em tal grau, na economia interna da Administração, a não ser mediante simples sugestão¹⁰⁵.

O Tribunal de Contas deverá, também, realizar seu controle, se provocado. No condão constituinte de aprimorar nossas instituições políticas e no espírito do Estado Democrático de Direito, a Carta Magna ampliou os legitimados para provocar o controle interno da Administração Pública. Isto se deu pela criação da Ação Popular Administrativa.

A Ação Popular Administrativa, conhecida corriqueiramente, baseia-se no preceito constitucional do art. 74, par.2º., segundo o qual “Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”. Baseia-se também no direito fundamental de petição (art. 5º., XXXIV, a), *in verbis*: “... são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder”. Seguindo a esteira constitucional e indo além, o Estatuto Jurídico das Licitações dispôs que “Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica, poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades...”(art. 113, par. 1º.).

¹⁰⁵ Alice Maria Gonzalez Borges. *O Edital nas Licitações*. BLC. nº. 1. jan/95. p.31.

O Estatuto amplia ainda mais o entendimento constitucional e não limita a legitimidade somente ao cidadão, partido, associação ou sindicato, mas abrange qualquer pessoa física ou jurídica.

3.5.3 -IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA DO EDITAL

O ato convocatório encerra o caminho a ser trilhado pelo procedimento licitatório em questão. Se o Edital contém falhas ou defeitos, estes devem ser saneados o mais rápido possível pela própria via administrativa. Com esse espírito, a Administração evitará incômodos futuros.

A Lei de Licitações estabeleceu duas modalidades de impugnação administrativa do Edital: uma referida no art. 41, par. 1º., iniciada por qualquer cidadão; e outra, a do art. 41, par. 2º., deflagrada pelo licitante.

Em primeiro lugar, a Lei n. 8.666/93 dispôs sobre a impugnação administrativa de qualquer cidadão. A lei não uniformizou os legitimados para questionar o trato da coisa pública, *res publica*. O art. 41, par. 1º., fala em qualquer cidadão, enquanto o art. 113, par. 1º., muito mais abrangente, estabeleceu que qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá acionar o controle do Tribunal de Contas. Se o Edital

estiver sendo contestado por uma associação, sindicato ou entidade de classe, estes não poderão deflagrar a impugnação, mas, sim, deverá ser assinada por qualquer dos seus membros como cidadão ou outro que tenha interesse.

A expressão *cidadão* remete à legitimação da ação popular. Assim, como nesta ação, a impugnação pelo cidadão visa defender interesses difusos da sociedade e não seus interesses pessoais. O prazo é de cinco dias úteis antes da abertura dos envelopes de habilitação, ou decairá do direito. A Administração tem três dias úteis para julgar e responder a impugnação, antes da data marcada para a entrega e a abertura de envelopes, sempre respeitando o princípio da motivação.

Ademais disso, outra modalidade que a lei estabeleceu foi a impugnação do Edital pelo licitante (art. 41, par. 2º). Esta regra “determina que decai do direito de impugnar o edital, total ou parcialmente, o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder à abertura dos envelopes de habilitação nas concorrências, e, quanto às tomadas de preços, convites e concursos, a abertura das propostas; ainda, em caso de leilão, os dois dias se contam do seu início.”¹⁰⁶

Há dúvida quanto à interpretação do termo “licitante”, que consta do dispositivo legal. Alice Maria Gonzalez Borges menciona que o simples “interessado se acharia impedido de participar, justamente em razão das exigências que o afastam do certame.”¹⁰⁷ A professora esclarece a posição de Meirelles, segundo o qual o impugnante deveria provar o seu legítimo interesse em participar, por alguma forma inequívoca, como,

¹⁰⁶ Ivan Barbosa Rigolin - Marco Tullio Bottino, ob. cit., p. 300.

¹⁰⁷ Alice Maria Gonzalez Borges, artigo cit., p. 33.

por exemplo, comprando a pasta da licitação, se houver, ou oferecendo documentos e sua proposta, mesmo com desatendimento aos itens que considerar ilegais ou defeituosos.¹⁰⁸

A impugnação do licitante deverá ser protocolada até dois dias úteis antes da abertura dos envelopes de habilitação, art. 41, par. 2º, senão que a *comunicação* não terá efeito de recurso. Mesmo com o amadurecimento da doutrina acerca da Lei n. 8.666/93, ainda atualmente surgem dúvidas sobre a natureza desta impugnação. A primeira questão refere-se à terminologia adotada. Os pars. 1º, 2º. e 3º., do art. 41, falam em impugnação; contudo, no mesmo par. 2º. emprega-se o termo *comunicação*.

O problema é muito mais abrangente do que uma simples questão terminológica. Se a impugnação do licitante tem efeito de recurso, então terá prazo para ser decidida. Todos os outros licitantes deverão ser cientificados para contraditá-la, respeitando o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa (art. 5º., LV, Carta Magna). Esgotado o prazo para contra-impugnar, a comissão da licitação decidirá o recurso. Se acolhida a impugnação, o Edital, deverá ser retificado e republicado ou, se o vício for insanável, deverá até mesmo ser anulado.

Há doutrinadores, como Jessé Torres Pereira Jr., Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Toshio Mukai, entre outros, para os quais a impugnação do licitante não tem efeito de recurso, “o que pressupõe que a Administração não tem obrigação de respondê-la”¹⁰⁹. A nosso ver, embasado por Raul Armando Medeiros, Ivan Rigolin e Carlos Pinto Coelho

¹⁰⁸ Alice Maria Gonzalez Borges. artigo cit.. p. 33.

¹⁰⁹ *Apud* idem. artigo. cit.. p. 34.

Motta¹¹⁰, essa posição é totalmente equivocada e dissociada da principiologia a que se faz referência no capítulo anterior. Esses grandes doutrinadores do direito administrativo, sustentam-se em explicação de que não se pode conferir à impugnação *status* de recurso porque a própria lei não a incluiu no art. 109. Neste dispositivo (art.109) constam os recursos dos atos administrativos, I, representação, II, e pedido de reconsideração, III.

Há, sim, um erro de sistematização da legislação federal, pois quis ser taxativa e não incluiu no seu capítulo de recursos a impugnação. Contudo, cabe ao aplicador sanar tal interpretação. Se o cerne do problema é a possibilidade de se atacar equívocos da Administração, resguardando o interesse público, então parece coerente aceitar a interpretação mais extensiva que confirma a impugnação como recurso administrativo, mesmo porque o texto legal propicia esta interpretação do seu sentido negativo do par. 2º., art. 41.

Outra divergência, refere-se ao efeito que a impugnação terá: devolutivo ou suspensivo. Se, da impugnação do licitante, a Administração poderá retificar o Edital ou até anulá-lo, então, conclui-se que o efeito da impugnação tem que ser suspensivo, interrompendo o procedimento licitatório, sob pena de resultar graves problemas para a comissão.

Enquanto não se decide a impugnação, o procedimento licitatório não pode continuar, devendo ser suspenso. Com certeza, os mais entusiastas da sumariedade condenarão tal atitude. Apesar das resistências de alguns, devemos zelar pela perfeição

¹¹⁰ Alice Maria Gonzalez Borges. artigo cit.. p. 34.

dos atos administrativos. “Não se pode concluir, de modo algum, que a lei facultou ao licitante uma impugnação, marcada , inclusive, por prazo decadencial na esfera administrativa, só para constar como inócua recomendação, sem maiores conseqüências”¹¹¹.

Despropósito maior ocorre no par. 3º do art. 41, prevendo que a impugnação tempestiva não impede, até o trânsito em julgado da decisão a ela pertinente, ao licitante impugnador participar dos atos subseqüentes, quando, em verdade, ele jamais foi ou esteve excluído disso. Interpretação em sentido contrário fulminaria toda a principiologia do Estado Democrático de Direito.

A expressão “trânsito em julgado” resulta das decisões judiciais. É, portanto, imprópria para designar a decisão administrativa, que não faz coisa julgada, em decorrência do princípio da jurisdição una (art. 5º., XXXV, CR). Segundo salienta Jessé Torres Pereira Jr., o referido dispositivo “sugere que o impugnante possa ser eliminado se transitar em julgado, na esfera administrativa, decisão que rejeite a impugnação”¹¹². O resultado negativo da pretensão impugnante não redundará em inabilitação. Ainda assim, pode o licitante irrisignado satisfazer às exigências do Edital e ser habilitado normalmente.

Noutra hipótese, o impugnante viu rejeitada sua pretensão na via administrativa e não satisfaz às exigências da habilitação que julgava descabidas. Então poderá socorrer-se da tutela jurisdicional para resguardar seu direito subjetivo por meio de liminar, participando do certame até o final do seu julgamento.

¹¹¹ Alice Maria Gonzalez Borges. artigo cit.. p. 35.

¹¹² Jessé Torres Pereira Jr.. ob. cit.. p. 258.

A entidade promotora poderá rejeitar a impugnação, se a julgar descabida, e arcar com o ônus de uma possível demanda judicial. Porém, se reconhecer a procedência da impugnação, deverá corrigir as pequenas irregularidades, republicando o Edital com as alterações e restituir o prazo, ou anular todo o procedimento se os vícios forem insanáveis.

3.6 - EDITAL DE LICITAÇÃO INTERNACIONAL

A licitação internacional pode inserir-se em dois contextos: licitação internacional promovida por entidade pública brasileira regulada pela Lei n. 8.666/93 ou licitação internacional em países estrangeiros sob a égide de ordenamentos jurídicos alienígenas. Convém tecer singelos comentários sobre esses dois gêneros.

3.6.1 - LICITAÇÃO INTERNACIONAL DE ENTIDADE BRASILEIRA

A Lei n. 8.666/93 reservou tratamento especial para o certame internacional através destes dispositivos art. 3º., par. 2º., I a III; art. 23, par. 3º.; art. 32, par. 4º. e 6º.; art. 33, par. 1º.; art. 40, IX; art. 42, par. 1º. a 6º.; art. 44, par. 4º.; e art. 53, par. 3º.

A licitação internacional é aquela que é promovida por entidade pátria que divulga o Edital em vários países e aceita proponentes estrangeiros. A Administração Pública abre este procedimento com o objetivo de selecionar a melhor proposta de bem, serviço ou obra que pode ser potencialmente fornecida de modo conveniente por empresas estrangeiras em razão de que, ou o produto estrangeiro é de qualidade melhor ou, no

mínimo, boa, ou porque tal produto não é oferecido no Brasil. Geralmente, destinam-se a obras de grande vulto ou de alta tecnologia.

Contudo, não existe licitação exclusivamente para empresas internacionais. A abertura para participação internacional resulta na faculdade que a entidade promotora proporciona a empresas de outros países de participarem. Portanto, não há concorrências vedadas a empresas nacionais, mesmo porque se estaria ferindo o princípio da soberania brasileira e da igualdade dos competidores.

O Edital do certame internacional possui características peculiares à sua natureza. A lei dispõe que toda a licitação internacional deve obedecer à modalidade de concorrência, salvo na hipótese de a Administração possuir cadastro internacional.

A publicidade do certame internacional se dá com a publicação do aviso de licitação no diário oficial da União, em jornais de grande circulação nacional, conforme o art. 21 da Lei. Também aconselha-se que se faça publicação em jornais de outros países, principalmente, daqueles nos quais existem potenciais participantes, ou daqueles países-membros do organismo internacional que os financiam.¹¹³ O prazo legal do momento da última publicação ou da disponibilização do Edital até o recebimento das propostas é de trinta dias; no entanto, salienta-se a importância de aumentá-lo o máximo possível para que os potenciais proponentes disponham de tempo para se estruturarem para o referido certame.

¹¹³ Ivan Barbosa Rígozin - Marco Tullio Bottino. ob. cit., p. 312.

Se o objeto da licitação internacional for custeada por financiamento externo, então o Edital deve trazer os detalhes do contrato de empréstimo. Quando existir financiamentos procedentes de organizações internacionais, há normas técnicas mutuamente acordadas entre o organismo e o proponente. “ Assim é por exemplo o caso do Banco Mundial, que financia contratos internacionais licitados com base nas denominadas *Guidelines Procurement*, que são um conjunto de regras e condições para a licitação, as quais prevalecem substantiva e essencialmente sobre qualquer legislação local.”¹¹⁴

Portanto, para os casos de financiamento internacional, o Edital deverá conter as normas do organismo financiador, as normas internas brasileiras de licitações e de contratos internacionais, bem como as regras da política monetária nacional, editadas pelo Ministério da Fazenda e pelo Banco Central.

Ademais, cumpre discutir as exigências editalícias com relação à habilitação. Os artigos 27 a 31 da Lei n. 8.666/93 estabelecem os documentos exigidos para a habilitação do proponente. Os certames internacionais não se enquadram nessas exigências, o que não poderia ser diferente porque não teria sentido nenhum exigir de um proponente de Burkina Fasso uma certidão negativa de débito (CND) da Procuradoria da Fazenda. O dispositivo legal, art. 31, par. 4º., adverte que as empresas estrangeiras deverão atender *tanto quanto possível*, as exigências da documentação de habilitação. Note-se que a expressão acima grifada traduz um leque de insegurança, visto que se pode pedir no Edital

¹¹⁴ Ivan Barbosa Rigolin - Marco Tullio Bottino. ob. cit., p. 309.

uma gama muito ampla de documentos. Os documentos exigidos deverão cingir-se aos que comprovem a qualificação técnica do produto ou serviço e a qualificação econômica.

Os requisitos fiscais para os proponentes nacionais desempenham a função de igualar os licitantes quanto ao preço da proposta, pois, do contrário, se estaria praticando concorrência desleal, pois um proponente poderia cotar seu preço mais baixo que os outros por não recolher os tributos devidos aos cofres públicos. Quando se fala em proponentes internacionais, a exigência fiscal não se aplica porque a questão tributária de cada país é diversa da realidade brasileira. Portanto, se cotejadas tais situações, vai-se comprovar que os proponentes nacionais ou os estrangeiros estarão em situação desvantajosa em relação ao preço proposto, impasse este que não poderá ser resolvido.

O texto legal impôs que a participação de empresas estrangeiras e nacionais em consórcios deverá ser liderada pela brasileira e que tais condições de liderança constarão do Edital (art. 33, II, par. 1º).

As licitações internacionais escapam da rigidez estabelecida para as licitações nacionais, o que não poderia ser diferente, pois, do contrário, tal certame, dito internacional, não conseguiria credenciar nenhum proponente estrangeiro. O Edital dessa espécie licitatória deve fornecer as informações do modo mais detalhado possível, e todas as exigências devem prezar pela proporcionalidade e razoabilidade do requisito. Não adianta exigir requisitos descabidos que frustem a intenção de licitantes estrangeiros em participar. Assim, estar-se-ia cumprindo tão-somente um imperativo de ordem formal chamando os proponentes internacionais; no entanto, as exigências materiais são intransponíveis para os pretensos participantes.

3.6.2 - LICITAÇÃO INTERNACIONAL DE ENTIDADE ESTRANGEIRA

A cultura jurídica do mundo está dividida em três sistemas: o da *Common Law*, o da *Civil Law* ou sistema latino e o islâmico. O sistema da *Common Law* é adotado por potências do primeiro mundo como Estados Unidos, Grã-Bretanha, Canadá, e também por países do terceiro mundo como Índia, Paquistão e Nigéria. Este sistema fundamenta-se nos precedentes das sentenças judiciais. Uma sentença que decidiu determinado caso deve ser aplicada como modelo para todos os caso análogos¹¹⁵.

Os ordenamentos latinos derivam do Direito Romano, que tem sua pedra fundamental no *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano. Este sistema expressa-se pela codificação dos preceitos que determinarão a decisão do juiz. É neste segmento que se encontra o Brasil, que, para os casos de licitação e contratos administrativos, editou a Lei n. 8.666/93.

O sistema islâmico tem sua fonte de inspiração nos princípios do Corão, conhecidos como *Shariah*, estes foram incorporados ao Direito Positivo dos diversos países islâmicos. Dentro desse sistema podem-se distinguir três grupos. O grupo de países de influência latina, tais como Egito, Síria, Líbano, Tunísia, Marrocos e Argélia, em razão de terem sido colônias da França e da Itália, ambos de origem latina. Outros países sofreram a influência da *Common Law*, tais como Sudão, Jordânia, também por questões

¹¹⁵ Daniel E. Real de Azúa. *A Licitação Internacional (Análise dos Editais)*. São Paulo: Edições Aduaneiras, 1994. p. 25-30

coloniais. O terceiro grupo é o dos países que resistiram a influência ocidental, Arábia Saudita, Iêmen e os Emirados Árabes¹¹⁶.

Essa pequena introdução à divisão jurídica universal fez-se necessária para se situar os modelos mais usuais empregados nas licitações. A mecânica das concorrências internacionais converge para a padronização das formas contratuais como maneira de uniformizar o procedimento. “Existem atualmente dois tipos de modelos, o FIDIC e o chamado modelo de inspiração latina.”¹¹⁷

O modelo de Edital de inspiração latina na verdade não é a padronização de regras-condição, mas um conjunto de princípios aplicáveis ao certame internacional. O denominador comum dos países dessa inspiração, via de regra os da Europa e da América Latina, são a existência de lei que regulamenta as licitações e a contratação das obras do governo, editais de concorrência extremamente minuciosos, predomínio de normas de Direito Administrativo sobre as de Direito Civil, resoluções de controvérsias baseadas na jurisprudência do Conselho de Estado Francês, prevalência de normas legais sobre as contratuais e a carência de uma forma padronizada de modelo contratual, mesmo dentro do próprio país¹¹⁸.

Outro modelo, esse sim, com regras bem definidas e aplicáveis como condições-padrão do Edital é o do FIDIC (*Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils*). São condições gerais elaboradas pelo órgão representativo dos consultores em engenharia civil, de conteúdo bastante equânime. O FIDIC tem inspiração britânica,

¹¹⁶ Daniel E. Reaí de Azúa. ob. cit., p. 26-29.

¹¹⁷ Idem. ob. cit., p. 30.

Commow Law. Esse padrão pode ser considerado como um modelo bastante coerente e abrangente de diversas situações de projetos internacionais de engenharia, o que ratifica característica de modelo convergente. O padrão FIDIC de Edital é composto de duas partes quanto à sua forma, conforme segue.

“A Parte I intitula-se Condições Gerais do Contrato, e compõe-se de 72 cláusulas, que irão compor os seguintes capítulos:

- 1) Definições e interpretações - Cláusula 1;
- 2) A fiscalização e seu representante - Cláusula 2;
- 3) Cessão do contrato e sub-contratação - Cláusula 3 e 4;
- 4) Documentos contratuais - Cláusulas 5,6 e 7;
- 5) Obrigações gerais - Cláusulas 8 a 35, inclusive;
- 6) Materiais e acabamentos - Cláusulas 36 a 40, inclusive;
- 7) Data início dos serviços e demora dos mesmos - Cláusulas 41 a 48, inclusive;
- 8) Manutenção e defeitos - Cláusulas 49 e 50;
- 9) Modificações, adições e omissões - Cláusulas 51 e 52;
- 10) Procedimentos para as reclamações - Cláusula 53;

¹¹⁸ Daniel E. Real de Azúa. ob. cit.. p. 34.

- 11) Canteiro de obras, obras temporárias e materiais - Cláusulas 53 e 54;
- 12) Medições - Cláusulas 55 a 57, inclusive;
- 13) Somas provisórias - Cláusula 58;
- 14) Subempreiteiros - Cláusula 59;
- 15) Certificados e Pagamentos - Cláusulas 60 a 62, inclusive;
- 16) Medidas a tomar e poderes - Cláusulas 63 a 64;
- 17) Riscos especiais - Cláusulas 65;
- 18) Frustração - Cláusulas 66;
- 19) Solução de diferendos e arbitragem - Cláusula 67;
- 20) Notícias a serem dadas - Cláusula 68;
- 21) Inadimplência do contratante - Cláusula 69;
- 22) Mudanças nos custos e na legislação - Cláusula 70; e
- 23) Moedas e taxas de câmbio - Cláusulas 71 e 72.¹¹⁹

Além destas cláusulas gerais, utilizáveis em qualquer contrato, há a Parte II composta das Condições de Aplicação Particular, que são um grupo de cláusulas em branco

¹¹⁹ Daniel E. Real de Azúa. ob. cit., p. 31-32.

a serem preenchidas conforme as peculiaridades do contrato. As condições específicas se relacionam com as cláusulas gerais, por diversos motivos, não puderam ficar incluídas na primeira parte, pois precisam ser adaptadas às circunstâncias em que será executada cada obra. Esse tipo de Edital da FIDIC é utilizado por vários países, principalmente, na África e no Oriente Médio.¹²⁰

O modelo de Edital submetido a análise serve como forma exemplificativa de se ter contato com uma licitação promovida por organismo internacional; no entanto o estudo é limitado, pois esta seara abriria campo para um novo trabalho monográfico.

¹²⁰ Daniel E. Real de Azúa, ob. cit., p. 33.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do exposto, cabe registrar algumas conclusões acerca do tema estudado. A licitação é um procedimento administrativo em que as esferas da Administração Pública sustentadas em normas e princípios lançam à sociedade desejo de realizar um futuro contrato, selecionando ao final a proposta que melhor atenda ao interesse coletivo primário.

O certame licitatório tem em mira dois objetivos, sem os quais não atinge seu fim: selecionar a proposta mais vantajosa às Esferas Públicas e garantir a igualdade de condições entre os interessados em participar da licitação.

O Estado, na busca de atender aos anseios da sociedade, realiza contratação de obras, serviços ou bens com particulares. Como esse contrato não pode ser aleatório, mesmo porque a Administração tem que respeitar o duplo objetivo supramencionado, então utiliza-se da licitação pública para atingir essa finalidade. Assim, a história das compras no Brasil confunde-se com o próprio nascimento do Estado brasileiro, embora se constate que o princípio da concorrência já era expresso no Brasil-Colônia pelas Ordenações Filipinas. Não se podem estudar os respectivos diplomas licitatórios dissociados do momento político que o Estado vive. Por exemplo, se for analisado o Decreto-lei n. 200/67 constatar-se-á um procedimento licitatório com as peculiaridades do regime militar da época, ou seja, o

Estado transformou-se em um grande empreendedor. Por isso, o diploma de licitações era reduzido, permitindo que se fizessem contratações com menos burocracia. Como este, todas as outras normas contêm peculiaridades em razão do momento político vivido.

Com relação à natureza jurídica, apesar de divergências doutrinárias, o autor se coloca ao lado dos que classificam a licitação como procedimento de direito administrativo, ou seja, como sequência de atos interligados em busca de um determinado fim.

A Constituição no art. 22, XXVII, delegou à União competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação e contratos. Com base nesse dispositivo emergiu a Lei n. 8.666/93, regulando a matéria de forma minuciosa. A Carta Magna objetivava, com aquela prescrição, atribuir competência subsidiária aos outros entes federados para que erigissem seus diplomas de licitação, completando com pormenores regionais, as normas tão-somente gerais, como frisa o dispositivo constitucional. Portanto, o legislador ordinário extrapolou competência quando confeccionou a Lei de Licitações e contratos administrativos.

Ponto fundamental, imprescindível no certame licitatório é a função principiológica. Adotou-se uma classificação de princípios a partir da exposição de Jessé Torres Pereira Jr. na sua obra *Comentários À Lei das Licitações e Contrações da Administração Pública*, com algumas modificações. Os princípios da república e da igualdade são retores na concorrência, pois exteriorizam a concepção de uma sociedade que proporciona aos administrados condições iguais para avançar com o poder público. Desses princípios desdobram todos os outros como da legalidade, publicidade, moralidade, livre

concorrência, indisponibilidade do interesse público, impessoalidade, além dos específicos em matéria de licitação, o da vinculação ao instrumento convocatório e o do julgamento objetivo. A principiologia desenvolve função integrativa entre fatos e normas. Toda apreciação de querelas práticas deve ser resolvida à luz dos princípios da licitação.

Os princípios da publicidade, do instrumento convocatório e do julgamento objetivo guardam uma carga maior de juridicidade. Todos esses princípios não se cingem a preceitos abstratos, mas exteriorizam-se em dispositivos da Lei n. 8.666/93.

A licitação pública desenvolve-se em duas etapas: uma interna, em que se fazem estudos preliminares para viabilizar o certame, os promotores do evento determinam o objeto, os critérios de julgamento e outros; e outra externa, que se inicia com a publicação do ato convocatório e termina com a adjudicação do objeto contratual. Este trabalho destinou-se a dissecar o princípio do instrumento convocatório.

O Edital, instrumento que inaugura a fase externa, guarda dupla função: comunica à população o certame que vai se realizar e define as regras dessa competição. Esse instrumento é a viga mestra de todo o procedimento e deve estar em consonância com a Lei de Licitações e os princípios acima mencionados. Seu conteúdo condiciona todas as fases subseqüentes e inclusive o futuro contrato.

A publicidade é requisito de eficácia do ato convocatório. Portanto, só com a publicidade esse instrumento desencadeia seus efeitos jurídicos, quais sejam, a vinculação e a imutabilidade. Uma vez publicado, o Edital gera vínculo entre a Administração e a sociedade. É defeso fazerem-se exigências outras que não constem do corpo do

instrumento. Além disso, há o caráter imutável do ato. As cláusulas editalícias são imodificáveis no transcorrer do procedimento licitatório, o que visa proporcionar segurança aos proponentes. Contudo, a imutabilidade não é absoluta; se ocorrer alguma necessidade de mudança no Edital, então ele deverá ser republicado, abrindo-se novo prazo para as propostas. A Lei de Licitações abre uma exceção: aquela que não exige nova publicação se inquestionavelmente a alteração não afetar a formulação das propostas.

Cabe registrar a posição de Dallari, seguida pelo autor, que aponta como inconstitucional, por violar o princípio da publicidade, o dispositivo legal que permite a publicação do resumo do Edital. Diz ele que o *Edital* deve ser público não o *resumo* sumaríssimo.

O conteúdo do Edital deve conter uma descrição sucinta e clara acerca do objeto. As especificações são aquelas necessárias ao certame, sem as quais os proponentes não conseguiriam identificar o objeto. Ser equivalente, intercambiável e homogêneo são características deste. Especificações demasiadas singularizam o objeto, frustrando o caráter competitivo da licitação.

O Edital também deve circunscrever os requisitos de idoneidade dos proponentes. A Constituição Republicana, no art. 37, XXI, estabelece que as exigências de qualificação técnica e econômica só podem ser aquelas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A verificação de idoneidade cinge-se à pessoa física ou jurídica e não a proposta. A comprovação de condições jurídicas, de qualificação técnica e econômico-financeira e de regularidade fiscal objetiva resguardar o cumprimento das obrigações assumidas pelos particulares.

Na fase de julgamento, as propostas devem ser apresentadas em conformidade com o ato convocatório, sob pena de serem desclassificadas. As propostas caracterizam-se por serem claras e objetivas, vedado qualquer critério de julgamento que ofereça insegurança aos proponentes. Assim, as propostas são classificadas de acordo com os critérios explícitos na convocação.

Os vícios mais comuns são a desobediência ao dever de publicidade, indicação inexata ou obscura do objeto, cláusulas que estabeleçam índices ou fatores de capacitação desproporcionais aos encargos envolvidos na licitação, cláusulas de caráter aleatório ou discriminatório para avaliação das propostas, cerceamentos de fiscalização, entre outras, todas hipóteses que ferem os princípios orientadores do certame licitatório.

O saneamento do Edital se dá através do controle interno ou externo. O controle interno é aquele que recebe o crivo da assessoria jurídica da promotora do evento. O controle externo ocorre por interferência do Tribunal de Contas ou por impugnação administrativa do cidadão ou licitante. O objetivo de ambas é barrar, em sede administrativa, irregularidades no Edital.

Analisou-se também o Edital de certame internacional. Se a licitação é realizada por entidade pública brasileira, o ato convocatório deve estar regulado pela Lei de Licitação com algumas peculiaridades. Todavia, se o certame é realizado por entidade estrangeira, o Edital pode assumir vários modelos, conforme os acordos internacionais, o sistema jurídico adotado, o objeto licitado etc.

Por derradeiro, salientou-se a importância capital do instrumento convocatório, pois um Edital bem redigido evita controvérsias nas fases subseqüentes e, principalmente, resguarda a sociedade de um possível desvio de finalidade do certame licitatório. Poder-se-ia resumir esta monografia em só uma frase: *O Edital é a viga mestra da licitação.*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Luciano Benévolo de. *Curso Moderno de Direito Administrativo*. São Paulo, Saraiva, 1975.
- ANDRADE, Luciano Benévolo de. *Do Princípio da Concorrência e o Ajuste Direto*. Curitiba: Imprensa da Universidade Federal do Paraná, 1966.
- ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2ª. ed., 1998.
- AZÚA, Daniel E. Real de. *A Licitação Internacional (Análise dos Editais)*. São Paulo: Edições Aduaneiras, 1994.
- BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Rio de Janeiro: Edições Casa Rui Barbosa, 1997.
- BLANCHET, Luiz Alberto. *Licitação - O edital à luz da nova lei*. Curitiba: Juruá, 2º.ed., 1994
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 5ª. ed., 1994.
- BONJORNO, Regina F. S. Azenha, BONJORNO, José Roberto, BONJORNO, Valter e RAMOS, Clinton Máximo. *Física 1*. São Paulo: FTD, 1992.
- BORGES, Alice Maria Gonzalez. *O Edital nas Licitações* Boletim de Direito Administrativo. São Paulo: NDJ, n.1, janeiro -1995
- CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão Cavalcanti. *Tratado de Direito Administrativo - vol. I*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 5º.ed., 1964.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo - vol. III - Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. São Paulo: Saraiva, 3º.ed., 1992.
- DIAS, José de Nazaré Teixeira. *A Reforma Administrativa de 1967- Cadernos de Administração Pública 73*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2ºed., 1969.
-

- FERREIRA, Aurélio Buarque De Hollanda. *Dicionário Aurélio Básico Da Língua Portuguesa*. São Paulo: Nova Fronteira, 1988.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direito dos Licitantes (Biblioteca de Estudos de Direito Administrativo - 9)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª. ed., 1981.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle e FERRAZ, Sérgio. *Dispensa de Licitação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- GRAU, Eros Roberto. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- JÈZE, Gaston. *Principios Generales Del Derecho Administrativo - Vol IV - Teoría General De Los Contratos De La Administración* (Tradutor Julio N. San Millán Almagro). Buenos Aires: Editorial Depalma, 1950.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários À Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Aide, 3ª. ed., 1994.
- MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo - Tomo III-A*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1974.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 22ª. ed., 1997.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª. ed., 1979.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 10ª. ed., 1998.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Licitação*. São Paulo Revista dos Tribunais, 1980.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Principios Gerais de Direito Administrativo - vol. I e II*. Forense, Rio de Janeiro, 1969.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Da Licitação*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1978.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970.

- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Princípios da Licitação* Boletim de Direito Administrativo. São Paulo: NDJ, n.º. 7, julho - 1995.
- MUKAI, Toshio. *Estatutos Jurídicos de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Saraiva, 3.º. ed., 1992.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Manual da Monografia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações Da Administração Pública*. São Paulo: Renovar, 1994.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 3.ª. ed., 1993.
- PINTO, Bilac e DIAS, Floriano Aguiar Dias (selecionadas por). *Leis Administrativas do Brasil* - vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 11.º. ed., 1986.
- RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Manual Prático das Licitações*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- RIGOLIN, Ivan Barbosa e BOTTINO, Marco Tullio. *Manual Prático Das Licitações*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- SERVÍDIO, Américo. *Dispensa de Licitação Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico* - Vols. I a IV. Rio de Janeiro: Forense, 7.ª. ed., 1982.
- SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. *Comentários À Reforma Administrativa Federal*. São Paulo: Saraiva, 1975.
-