

MODALIDADES DE LICITAÇÕES

José Carlos de Oliveira

Professor de Direito Administrativo na graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Unesp/Franca

1. INTRODUÇÃO

Antes de iniciarmos os estudos das modalidades de licitação, vamos fazer a exposição de tópicos considerados importantes em continuação às noções introdutórias do material anterior.

Quanto à modalidade Pregão (presencial e eletrônico), será estudada em uma semana separada.

1.1. Divulgação da licitação: Princípio da publicidade

A validade da licitação depende de ampla divulgação da sua existência, para que se assegure a participação dos eventuais interessados e para o conhecimento da sociedade. A qualquer momento pode ser pronunciada a nulidade do procedimento licitatório que não teve seu instrumento convocatório devidamente divulgado.

1.1.1. A publicação do Aviso

O aviso é o resumo do edital, deverá conter as principais informações acerca da licitação para permitir identificar o órgão que a promove, seu objeto, datas e prazos. Nas modalidades de concorrência, tomada de preços, concurso e leilão, deve ser publicado ao menos uma vez no diário oficial da União, se for órgão licitante federal ou nos casos em que a obra seja financiada por recurso federal, ou no diário oficial do estado, se for órgão licitante estadual ou municipal. Além disso, em jornal diário de grande circulação no Estado e, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem.

O Tribunal de Contas entende que jornal de grande circulação é aquele com tiragem mínima diária de 20.000 exemplares, o que deve ser atestado por certidão emitida pelo sindicato das empresas proprietárias de jornais e revistas no estado.

Quanto ao convite, a lei não exige a publicação do aviso pela imprensa, mas a Administração deve tomar as providências para que os cadastrados tomem conhecimento da licitação. Ou seja, a desnecessidade de publicação do aviso não significa ausência de publicidade. (JUSTEN FILHO, 2012).

1.1.2. Divulgação por outras vias.

É facultado à Administração valer-se de outros meios de divulgação, inclusive o rádio e a televisão, quando a peculiaridade do caso demonstrar ser tal medida conveniente.

1.1.3. Divulgação pela internet.

A existência de uma página eletrônica do órgão licitante acarreta a obrigatoriedade da sua utilização para a divulgação das licitações, mas não afasta a obrigação das publicações anteriormente referidas.

1.2. Contagem do prazo

O prazo se conta retroativamente, a partir da data em que o ato deverá ser praticado, sendo que devemos considerar a última publicação do aviso.

Para ficar claro, vamos utilizar um exemplo. Imaginemos uma tomada de preços, a qual exige 15 dias entre a publicação e a sessão de recebimento das propostas. Consideramos a data da publicação o dia 1º do mês (uma segunda-feira). Este dia – dia da publicação – não entra na contagem. O prazo começa a correr no dia útil imediatamente subsequente. No exemplo, o prazo começa a ser contado no dia 2, uma terça-feira, desde que não seja feriado. O 15º dia deve ser anterior à sessão de recebimento das propostas. Neste exemplo, os interessados possuem até o dia 16 para a entrega de suas propostas.

Quando o dia do vencimento for feriado, ou a repartição estiver fechada, o prazo deve terminar apenas no primeiro dia útil posterior, pois a lei exige que os dias de início e término do prazo sejam úteis. Os demais dias não precisam ser úteis, exceto para a modalidade convite, que exige um mínimo de 5 dias úteis. O edital completo e

seus anexos devem estar disponíveis aos interessados no decurso do prazo, sendo que a dificuldade na obtenção dos documentos gera a responsabilidade administrativa dos agentes públicos.

Quanto aos prazos nos recursos, a contagem é diferente. Inicia-se excluindo o dia da publicação e o último dia do prazo é ainda dia para protocolar o recurso. Voltaremos a tratar dos prazos nos recursos por ocasião do estudo desse tema.

1.3. Alteração das condições

A alteração introduzida após a publicação do aviso exige nova publicação e reinício da contagem do prazo para apresentação das propostas. A alteração secundária ou irrelevante faz desnecessária uma nova publicação. Para se definir sobre a necessidade ou não de nova publicação, a saída é aplicar o princípio da razoabilidade. Deve-se observar se a alteração traz prejuízos aos interessados. Como exemplo, se a administração resolve prorrogar a data da entrega das propostas, não há que se falar em prejuízo aos licitantes. Por outro lado, imaginemos uma situação em que era previsto determinado documento para habilitação,

sendo este posteriormente dispensado, em função de a Administração ter percebido a sua desnecessidade. Nesta hipótese, será necessária uma nova publicação, pois podem existir novos interessados que não atendiam às condições originais do edital, mas que passaram a atendê-las após a dispensa do referido documento.

A nova publicação deve se dar na mesma forma da original. Além de razoável, este entendimento impede a violação dos princípios da publicidade e isonomia entre os licitantes.

Interessante apontar que, na hipótese de a Administração estimar um determinado valor para a contratação pretendida e, no curso da licitação, verificar que a melhor proposta supera, pelo valor, o limite da modalidade escolhida, não bastará uma nova publicação, pois deverá a licitação ser anulada e ser iniciado um novo procedimento licitatório. (FERNANDES, 2011)

1.4. Parcelamento do Objeto

A regra é que as contratações sejam programadas na integralidade do objeto pretendido. No entanto, há situações em que o parcelamento do objeto é possível e

até mesmo recomendado, seja em razão da sua natureza, seja para possibilitar a participação de licitantes que não teriam condições de executar a totalidade do objeto (aumento da competitividade), desde que este parcelamento não traga prejuízos à administração.

Não podemos confundir o parcelamento do objeto (lícito) com o fracionamento de despesas (ilegal). Este último é utilizado como forma de fuga do procedimento licitatório ou da modalidade licitatória mais rigorosa. Exemplificando: suponha que a administração precise alugar um automóvel no mês de janeiro. Este, isoladamente considerado, se enquadraria na hipótese de dispensa de licitação, diante de seu baixo valor. No entanto, é certo que a administração precisará alugar outros automóveis no decorrer daquele exercício financeiro. Dessa forma, deve ser considerada a totalidade do valor dos aluguéis para se determinar qual a modalidade licitatória deverá ser adotada. E, ainda que sejam realizados procedimentos licitatórios distintos para cada vez que a Administração necessite alugar um automóvel, todos deverão adotar a modalidade correspondente ao valor total dos aluguéis. Trata-se de planejamento administrativo.

Um exemplo de parcelamento (lícito) do objeto, já decidido pelo Tribunal de Contas, trata da compra de pães para fornecimento a repartições espalhadas por todo o território de um Estado. Nesse caso, foi decidido que o parcelamento se fazia necessário, pois isso possibilitaria a participação de várias empresas, aumentando a competitividade e permitindo à administração alcançar preços mais baixos. Ou seja, nesse caso, o não parcelamento reduziria a concorrência, pois seriam pouquíssimos os interessados que teriam condições de fornecer os pães às repartições espalhadas por todo o território estadual.

1.5. Licitação por itens

Trata-se de um único procedimento licitatório, com uma pluralidade de certames, de que resultam diferentes contratos. É utilizado para economizar tempo e recursos materiais da administração. Há a discriminação, no edital, dos diversos itens que serão licitados, podendo os licitantes efetuar propostas para apenas um ou alguns deles. Para cada item haverá um julgamento, habilitação/proposta, mesmo que materialmente exista um único documento.

1.6. Contratos supervenientes

Devemos diferenciar a necessidade de contratação superveniente previsível da imprevisível. Em uma determinada compra de material, que somava 76 mil reais, foi utilizada a modalidade de convite (pois abaixo de 80 mil). Ocorre que, posteriormente, houve a necessidade de comprar mais 10 mil reais do mesmo material. Assim, a compra total fez a quantia de 86 mil reais, valor esse que implica utilização da modalidade tomada de preços.

Nessa questão, o importante é analisar se esta contratação era ou não previsível. E isto apenas é possível quando se analisa cada caso concreto. Considerando que era possível ao administrador prever que seria necessária uma nova compra, esta situação poderia configurar o fracionamento indevido da licitação, com a nulidade do procedimento e punição do servidor responsável. Por outro lado, caso fosse imprevisível tal necessidade, cada uma das contratações deverá ser tratada isoladamente, não configurando a ilicitude dos procedimentos.

2. MODALIDADES

2.1. Concorrência

A concorrência é a modalidade de licitação que se realiza com ampla publicidade para assegurar a participação de quaisquer interessados que preencham os requisitos previstos no edital. Do conceito decorrem duas características básicas: a ampla publicidade e a universalidade.

A publicidade, nos termos do artigo 21, é assegurada pela publicação do aviso do edital no mínimo uma vez, com a indicação do local em que os interessados poderão ler e obter o texto integral e todas as informações sobre a licitação.

A publicação, no caso da concorrência, deve ser feita com no mínimo 30 dias de antecedência, salvo quando se tratar de licitação do tipo melhor técnica ou técnica e preço, ou quando o contrato a ser celebrado contemplar a modalidade de empreitada integral, em que o prazo passa a ser de 45 dias.

Universalidade significa a possibilidade de participação de quaisquer interessados que, na fase inicial de

habilitação preliminar, comprovarem que possuem os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

A concorrência é modalidade com o procedimento mais complexo e com os maiores prazos. Importante lembrar também que, por ser a modalidade mais rigorosa, tal modalidade poderá ser utilizada quando couber tomada de preços ou convite.

A concorrência é utilizada para obras e serviços de engenharia que superem R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), ou para os demais objetos (compras e serviços), quando acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais). Há de se atentar para uma particularidade, no entanto, pois se a contratante for um consórcio público, as faixas de valor serão diferentes. Vejamos.

Conforme prevê o artigo 23, § 8º, da Lei 8.666/93, no caso de consórcios públicos formados por até três entes da federação, aplica-se o dobro dos valores já mencionados. Todavia, se a pessoa jurídica é formada por mais de três entes, utiliza-se o triplo dos valores previstos no artigo 23, I, "c", e II, "c".

A despeito de a lei tomar como parâmetro o valor do contrato para determinar a modalidade de licitação, existem hipóteses em que se leva em conta a natureza do contrato a ser celebrado para exigir-se a concorrência. Assim escreve CARVALHO FILHO: *“É o caso em que a Administração pretende adquirir ou alienar bens imóveis; quando o certame tem cunho internacional; e quando pretende celebrar contrato de concessão de direito real de uso. A Lei nº 11.284, de 02.03.2006, que dispõe sobre a gestão de florestas públicas, também exigiu a modalidade de concorrência para a contratação de concessões florestais”* (2011, p. 252).

Em relação aos tipos de concorrência, classifica-se a modalidade de licitação de acordo com a abrangência do certame, ou seja, a concorrência pode ser nacional, quando realizada tão somente para empresas nacionais e dentro do território brasileiro, ou internacional, em que se admite a participação de empresas estrangeiras. Nessa temática, admite-se, nos dizeres do artigo 42 da Lei 8.666/93, que o edital se amolde às diretrizes da política monetária e do comércio exterior, atendendo às exigências dos órgãos administrativos.

CARVALHO FILHO pontua que *mesmo sendo internacional a concorrência, a Administração deve obedecer fielmente ao princípio da igualdade. Desse modo, as propostas das empresas estrangeiras serão acrescidas dos gravames consequentes dos mesmos tributos que oneram somente os licitantes brasileiros no que se refere à operação final de venda. Por outro lado, as garantias de pagamento oferecidas pela Administração devem ser idênticas para licitantes brasileiros e estrangeiros* (2011, p. 253).

2.2. Tomada de Preços

Tomada de preços é a modalidade de licitação realizada entre interessados já previamente cadastrados ou que preencham os requisitos para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas licitatórias, observada a necessária qualificação.

É utilizado, de acordo com o artigo 23, incisos I, “b” e II, “b”, da Lei nº 8.666/93 na licitação de obras e serviços de engenharia com valores entre R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) e R\$ 1.500.000,00 (um milhão e meio de reais) e obras e serviços em geral orçados entre R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) e R\$ 650.000,00 (seiscentos e

cinquenta mil reais). Quando, entretanto, se tratar de *consórcio público* com até três participantes, o valor previsto em lei é considerado em dobro, ao passo que, sendo mais de três os licitantes, os limites são triplicados. Anote-se, por fim, que sempre que uma licitação comportar a utilização do convite, será também possível à administração utilizar tanto a tomada de preços como a concorrência.

A tomada de preços tem por finalidade tornar a licitação mais sumária e rápida, uma vez que, havendo prévio cadastramento – feito mediante o preenchimento dos requisitos legais para figurar como licitante –, dispensa-se, nesta modalidade, a fase de habilitação dos proponentes.

No dizer de JUSTEN FILHO, *“a Administração, independentemente de uma licitação específica, examina se estão presentes os pressupostos de idoneidade necessários a que uma pessoa contrate com ela. A aprovação corresponde ao cadastramento do interessado. No momento posterior, quando deliberar a realização da licitação na modalidade tomada de preços, a Administração não necessita promover uma fase de habilitação específica. A licitação seria mais sumária e rápida, porque as atividades correspondentes a uma das fases já teria sido esgotada previamente”* (2012, p. 294).

Ademais, os prazos entre a publicação e o recebimento das propostas são menores, isto é, de 30 (trinta) dias, nos tipos “melhor técnica” e “técnica e preço”, ou, não sendo estes tipos, 15 (quinze) dias.

O registro cadastral deve ser mantido pelos órgãos e entidades que realizem licitações frequentes, devendo ser atualizados anualmente. A Administração deve, ainda, promover a ampla divulgação deste registro e os manter permanentemente abertos à inclusão de novos interessados. É facultada também a utilização dos registros cadastrais por outros órgãos ou entidades diversas das que os elaboraram. Além disso, no caso de a Administração possuir um cadastro internacional de fornecedores, poderá lançar mão da realização de tomada de preços internacionais, mantendo-se as devidas garantias e medidas de isonomia na competição entre empresas nacionais e estrangeiras.

A pessoa interessada tem seu pedido de cadastro apreciado por uma comissão permanente de análise de cadastros que, verificando o preenchimento dos requisitos legais (habilitação jurídica, regularidade fiscal, qualificação econômico-financeira, qualificação técnica e exigências

do Ministério do Trabalho – cf. artigos 27 a 31 da Lei de Licitações), confere ao postulante um *certificado de registro cadastral*, com validade de um ano, no máximo, do qual consta a categoria em que se inclui, tendo em vista a sua especialização segundo a qualificação técnica e econômica avaliada pelos elementos constantes da documentação relacionada.

Para os participantes que apresentem esse certificado na tomada de preços, a habilitação é prévia, porque feita no momento da inscrição no registro cadastral perante comissão permanente ou especial. No caso de obras, serviços ou aquisição de equipamentos, a comissão fará a conversão dos pedidos de inscrição em registro cadastral. Sua alteração ou cancelamento será integrada por profissional legalmente habilitado.

Quanto aos postulantes não cadastrados, a apresentação de documentos comprobatórios do preenchimento dos requisitos deverá ser feita até três dias antes da data de apresentação dos envelopes. A habilitação, neste caso, será processada simultaneamente à tomada de preços. Mesmo que tal procedimento demande mais

tempo para se realizar, a data de entrega dos envelopes permanece a mesma já designada, embora as propostas não possam ser abertas até a conclusão da habilitação, *“afinal, a alteração da data de abertura dos envelopes não afeta o direito dos licitantes nem provoca qualquer prejuízo a eles”* (JUSTEN FILHO, 2012, p. 294).

2.3. Convite

Convite é a modalidade de licitação entre, no mínimo, três interessados do ramo pertinente a seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados pela unidade administrativa, e da qual podem participar também aqueles que, não sendo convidados, estiverem cadastrados na correspondente especialidade e manifestarem seu interesse com antecedência de 24 horas da apresentação das propostas.

É a única modalidade de licitação em que a lei não exige publicação de edital, já que a convocação se faz por escrito, com antecedência de 5 dias úteis, por meio da chamada carta-convite.

Podem também participar outros interessados, desde que cadastrados e que manifestem seu interesse

com antecedência de até 24 horas da apresentação das propostas.

A medida contribui para aumentar o rol dos licitantes, mas torna mais complexo um procedimento que se caracteriza e se justifica exatamente por sua maior simplicidade, decorrente do fato de que essa modalidade de licitação é cabível para os contratos de pequeno valor. A habilitação dos licitantes, nessa modalidade, só é obrigatória para aqueles que se apresentarem sem terem sido convidados pela administração, porque têm que estar cadastrados; para os demais, é facultativa. A diversidade de tratamento fere o princípio da isonomia.

A exigência de certificado para aqueles que não foram convidados somente se justificaria nos casos em que a administração exigisse habilitação dos licitantes convidados.

Com o objetivo de evitar que o convite seja dirigido sempre aos mesmos licitantes, com a possibilidade de ocasionar burla aos princípios da licitação, em especial à isonomia, exige-se que, existindo na praça mais do que três possíveis interessados, a cada novo convite realizado,

para objeto idêntico ou assemelhado, seja a carta-convite dirigida a pelo menos mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações.

Quanto à possibilidade de continuar a licitação no caso de aparecerem menos de três convidados, o Tribunal de Contas da União decidiu que para a regularidade da licitação na modalidade convite, é imprescindível que se apresentem, no mínimo, três licitantes devidamente qualificados. Não se obtendo esse número legal de propostas aptas à seleção, impõe-se a repetição do ato, com a convocação de outros possíveis interessados, de modo a se garantir, nesse aspecto, a legitimidade do certame.

Essa orientação há de ser entendida em termos que a tornem compatível com o art. 22, §7º, segundo o qual, quando, por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, for impossível a obtenção de número mínimo de licitantes, exigidos no §3º, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite. A inexistência de, no mínimo, três potenciais interessados ou o não comparecimento do número mínimo, não invalida a licitação. Entretanto, a

Administração deverá justificar, por escrito, a ocorrência (limitação do mercado ou desinteresse - art. 22, §7º). Caso contrário, exige-se a repetição do ato (Súmula 248 TCU).

2.4. Concurso

Esta modalidade tem o objetivo de selecionar trabalho técnico ou artístico, que exige habilidade físico-intelectual ou revelador de certas capacidades personalíssimas. Exemplo: um projeto de arquitetura. A modalidade de licitação concurso não se confunde com o concurso público para seleção de pessoal. Em regra, ao tempo do julgamento, o trabalho já está realizado, de forma que a administração apenas escolhe o vencedor e paga o prêmio, geralmente em parcela única.

Há também a possibilidade da escolha do vencedor de um concurso para que este venha a executar o serviço posteriormente, quando ocorrer a hipótese prevista no edital. Por exemplo: melhor serviço técnico para avaliar riscos de um vazamento em usina nuclear.

O edital deve conferir prazo suficiente para a realização e apresentação dos trabalhos, o qual não poderá ser inferior a 45 dias.

2.5. Leilão

Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou que tenham sido legalmente apreendidos ou empenhados, ou de bens imóveis adquiridos em procedimentos judiciais ou de dação em pagamento. A administração busca, através do leilão, vender os bens a quem possa oferecer o maior lance, igual ou superior ao da avaliação.

A respeito do procedimento do leilão, CARVALHO FILHO destaca que *o leilão pode ser cometido a leiloeiro oficial ou a servidor designado pela Administração. Encerrado o leilão, serão pagos à vista os bens arrematados, admitindo-se, conforme o edital, o pagamento de certo percentual, que, entretanto, não será inferior a 5% do valor da avaliação. Com o pagamento, os bens são imediatamente entregues ao arrematante. Este, no entanto, fica obrigado a pagar o saldo devedor da arrematação (se for o caso) no prazo fixado no edital, sob pena de perder o valor já recolhido, em favor da Administração.* (2011, p. 257/258)

Destaca-se que, excetuadas as hipóteses acima, quando se tratar de bens imóveis, a modalidade de licitação obrigatória será a concorrência. Além disso, a lei ainda prevê que na alienação de bem móvel de valor superior a R\$ 650.000,00, também será utilizada a modalidade concorrência.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO NETTO, Edmir. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Texto consolidado até a Emenda Constitucional nº 70 de 29 de março de 2012. Disponível em: http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_29.03.2012/CON1988.shtm. Acesso em: 16 jul. 2012a.

BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nºs 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841,

de 5 de outubro de 1999. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 dez. 2006. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/leiscomplementares/2006/leicp123.htm>. Acesso em: 30 ago. 2012c.

BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 18 jul. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso em: 30 ago. 2012b.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Súmula nº 248**. Não se obtendo o número legal mínimo de três propostas aptas à seleção, na licitação sob a modalidade Convite, impõe-se a repetição do ato, com a convocação de outros possíveis interessados, ressalvadas as hipóteses previstas no parágrafo 7º, do art. 22, da Lei nº 8.666/1993. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/control-interno/determinacoes-tcu/sumulas/18306-sumula-248-tcu>. Acesso em: 30 ago. 2012d.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Lei 8.666/93 Licitações e contratos e outras normas pertinentes**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros: 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2012.

SÃO PAULO (Estado). Lei nº 13.122, de 07 de julho de 2008. Dispõe sobre o tratamento simplificado e diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte, nas contratações realizadas no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta, e dá providências correlatas. **Diário Oficial do Estado**, São Paulo, SP, 8 jul. 2008. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/135148/lei-13122-08-sao-paulo-sp>. Acesso em: 30 ago. 2012.

ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Método, 2011.