

LEITURA OBRIGATÓRIA 1ª AULA DO CURSO ONLINE “DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO EM LICITAÇÕES” - Noções Introdutórias para o entendimento da documentação

Este treinamento tem como objetivo abordar tão somente a parte de documentação exigida em licitações, na fase de habilitação dos proponentes.

Portanto, se você não tiver conhecimento de licitações ou tiver conhecimento e precisar aprofundar seus conhecimentos e/ou fazer uma reciclagem nos demais temas, é necessário que faça, também, o curso online de capacitação em LICITAÇÕES, disponível no site www.viannaonline.com.br pois é o curso online de LICITAÇÕES que irá abordar, nos mínimos detalhes, a etapa interna e externa da licitação e todas suas fases, modalidades, tipos de licitação, princípios da licitação, contratação direta, servidores envolvidos e suas atribuições (Comissão de Licitação, Pregoeiro, Equipe de Apoio, Autoridade competente), licitações com os diversos direitos de preferência (Lei Complementar 123/06 para micro e pequenas empresas e demais beneficiados, margens de preferência para produto ou serviço nacional, bens e serviços de informática), empate ficto e real de propostas, sistema de registro de preços, recursos administrativos, impugnações ao instrumento convocatório, crimes licitatórios etc, e todos os temas relevantes que devem ser de conhecimento para quem atua na área, conforme legislação atualizada (vide programa do curso online de licitações no site da Vianna). Também temos a opção em curso presencial, caso prefira.

Este curso no qual você se inscreveu, o treinamento “**DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO EM LICITAÇÕES**” irá abordar apenas a parte documental: o que pode e o que não pode ser exigido como condição de habilitação dos licitantes. Preparados? Então vamos começar! Bons estudos !!!!

1. O QUE É LICITAÇÃO E QUAL SUA FINALIDADE

Apenas, a título introdutório, vamos relembrar o conceito e a finalidade da licitação.

Licitação, consoante ensinamentos de Celso Antonio Bandeira de Mello:

É um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.¹

O procedimento licitatório possui como finalidade a obtenção da proposta mais vantajosa à Administração Pública, assegurando igual oportunidade a todos os interessados em com ela contratar (ou seja, a observância do princípio da isonomia) e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Conforme leciona Marçal Justen Filho, a vantagem que a Administração busca consiste na maior qualidade da prestação, conjugada com o maior benefício econômico, ou seja, a presença tanto de aspectos de qualidade, quanto de onerosidade. Nas palavras do doutrinador:

A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação custo-benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração.²

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 492.

² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 63.

Em relação à finalidade mais recente da licitação, qual seja, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, englobam-se dois objetivos: o das licitações sustentáveis³ e a implantação da chamada margem de preferência para o Mercado Nacional (Introduzida no §5º do art.3º da Lei nº 8.666, pela Lei nº 12.349/10 e regulamentada pelo Decreto nº 7546/11, que prevê preferência estabelecida em favor dos produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais que atendam normas técnicas brasileiras face aos estrangeiros ou face a outros nacionais que não atendam a estas normas técnicas).

2. NORMAS GERAIS E ESPECÍFICAS DE LICITAÇÃO. A IMPORTÂNCIA DA JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA DO TCU – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.

Em relação a legislação que rege o tema, atualmente, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com suas alterações posteriores, regulamentando o artigo 37, inc. XXI, da CF/88, estabelece as **normas gerais** acerca das licitações públicas e contratos administrativos para toda a Administração Pública. É isso o que dispõe o art. 1º do Estatuto das Licitações.

A Constituição Federal de 1988 definiu claramente em seu art. 22, inc. XXVII, a competência privativa da União para instituição de normas gerais sobre licitações e contratos administrativos. Marçal Justen Filho⁴ ensina que a expressão “normas gerais” consiste em um conceito jurídico indeterminado, resultando de um lado, na existência de um núcleo de certeza positiva - onde pode-se afirmar com precisão quais as normas efetivamente qualificáveis como gerais na Lei nº 8.666/93 - e, de outro, uma zona cinzenta de dúvidas. Quanto ao núcleo de certeza positiva, afirma o autor que o conceito de normas gerais “compreende os princípios e as regras destinadas a assegurar um regime jurídico uniforme para as licitações e as contratações administrativas em todas as órbitas federativas”, com o fito de assegurar a padronização

³ A Medida Provisória nº 495, de 19 de julho de 2010, convertida na Lei nº 12.349 de 15 de dezembro de 2010 e regulamentada pelo Decreto Federal nº 7746, de 5 de junho de 2012, alterou o art. 3º da Lei 8666, cujo *caput* passou a prever a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Com este objetivo, as licitações terão que prever, para suas contratações, critérios de sustentabilidade como otimização de recursos, redução de desperdícios, economia de água e energia, dentre outras diretrizes de sustentabilidade.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 15.

mínima na atuação de toda a Administração Pública e a efetividade do controle tanto pelos órgãos externos, quanto pela comunidade.

A Constituição Federal, em seu art. 22, inc. XXVII, determina que a competência da União é privativa quanto à instituição de **normas gerais** sobre licitações e contratos administrativos. Isso significa que a União possui competência **privativa** para instituir **normas gerais**, cuja observância será obrigatória para todos os entes federativos, ou seja, toda a Administração Pública (União, Estados, Distrito Federal e Municípios, tanto à administração direta quanto indireta); significa, também, que tanto a União, quanto os Estados e Municípios, possuem competência para instituir normas específicas, com aplicabilidade restrita ao âmbito federativo de cada ente, desde que respeitem os delineamentos das normas gerais veiculadas pela União.

Posteriormente à Lei 8.666/93, houve o advento de uma nova modalidade de licitação denominada pregão. A nova modalidade surgiu, inicialmente, com aplicação restrita à Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) pela Lei nº 9.472 de 16.7.1997 que autorizava a adoção do pregão para aquisição de bens e serviços comuns (Arts. 54 a 57). Após, o pregão foi estendido a todas as agências reguladoras, pela Lei Federal nº 9.986 de 18 de julho de 2000 (Art. 37).

Foi editada a Medida Provisória nº 2.026, em 4 de maio de 2000, instituindo o pregão apenas no âmbito da União. Esta MP foi reeditada por 18 (dezoito) vezes e renumerada, até ser convertida na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002 – Lei do Pregão, com aplicabilidade à União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Na atualidade, o pregão é regulamentado, na esfera federal, pelo Decreto Federal nº 3.555 de 08 de agosto de 2000 (pregão presencial) e Decreto Federal nº 5.450, de 31 de maio de 2005 (pregão eletrônico). Importante destacar que, diferentemente das Leis nº 8.666/93 e 10.520/02 (que possuem aplicabilidade nacional), tais Decretos possuem aplicação restrita à esfera federal, não sendo automaticamente aplicáveis aos Estados, Distrito Federal e Municípios, podendo estes baixarem normas próprias nas respectivas esferas (inclusive, adotar em regulamento próprio, o da União), desde que respeitados os delineamentos das normas gerais.

Apesar de os Decretos Federais nº 3.555/00 (Pregão Presencial) e 5.450/05 (Pregão Eletrônico) não terem aplicação automática aos Estados, Distrito Federal e Municípios, estes poderão baixar normas próprias nas respectivas esferas podendo, inclusive, adotar em regulamento próprio, o da União. Reitere-se, assim, que Estados, Distrito Federal e Municípios poderão editar suas próprias regras, respeitando os delineamentos da Lei nº 10.520/2002 (normas gerais).

Conforme a melhor doutrina⁵, como a Lei nº 10.520/02 é autoaplicável, Estados, Distrito Federal e Municípios podem por em prática o pregão presencial sem necessidade de instituírem regulamentação própria. Entretanto, o mesmo não ocorre com o pregão eletrônico, uma vez que a Lei nº 10.520/02 não o disciplinou efetivamente, remetendo ao regulamento fazê-lo⁶. Assim, o pregão eletrônico só pode ser adotado nos Estados, DF e Municípios se existente decreto próprio destes entes federativos.

Por fim, importante notar que a Lei nº 8.666/93 é aplicável subsidiariamente ao pregão⁷. Isso significa que:

1) A licitação na modalidade pregão, ao receber tratamento normativo próprio, será regida pela Lei nº 10.520/2002, de modo que havendo contrariedade entre as normas da Lei nº 10.520/2002 e da Lei nº 8.666/93, valerá a primeira (princípio da especialização), restando excluída a segunda;

2) Por outro lado, em caso de omissões ou lacunas da Lei nº 10.520/02 (ou seja, matérias nas quais a Lei do Pregão não tratou ou tratou insuficientemente), será aplicável a Lei nº 8.666/93. É, por exemplo, o que ocorre após a assinatura do contrato administrativo decorrente de licitação na modalidade pregão: a Lei do Pregão nº 10.520/02, não trata da matéria do contrato administrativo após sua assinatura, ocasião na qual o fato passará a ser regido pela Lei nº 8.666/93 que traz o regramento geral sobre os contratos administrativos.

⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 6.ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011, p. 31. No mesmo sentido JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico)**. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 23.

⁶ Lei 10.520, art. 2º, §1º: “poderá ser realizado o pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica”.

⁷ É o que dispõe o art. 9º, da Lei 10.520/2002: *Art. 9º Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da [Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#).*

Desta forma, quando mencionamos que determinada legislação traz “normas gerais” sobre licitações, significa que possuem caráter nacional (isto é, são obrigatoriamente aplicáveis a todas as esferas federativas: União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Exemplos de normas gerais para fins de licitação, de aplicabilidade nacional, são as seguintes: Lei nº 8.666/93, Lei nº 10.520/2002, Lei Complementar nº 123/2006.

Inversamente, quando mencionarmos que determinadas normas são “normas específicas” da esfera federal, tais normas, a princípio, possuem aplicabilidade apenas na esfera Federal, não sendo automaticamente estendida para Estados e Municípios. Exemplos de Decretos Federais, com aplicabilidade na esfera federal (União): Decreto Federal nº 3.555 de 08 de agosto de 2000 (Pregão Presencial), Decreto Federal nº 5.450 de 31 de maio de 2005 (Pregão Eletrônico), Decreto Federal nº 7.892 de 23 de janeiro de 2013 (Sistema de Registro de Preços). Nestes casos, cada Estado ou Município poderá instituir normas próprias (podendo, ou não, acatar integralmente as normas federais), desde que não contrariem as normas gerais existentes sobre aquela matéria (ou seja, cada Estado, Município, poderá ter sua norma específica sobre licitações, desde que não contrariem as normas gerais).

Ainda, em 2006, tivemos importantes inovações a respeito da participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas, com o advento da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, trazendo benefícios às ME e EPP (arts. 42 a 49). A LC 123/06 foi posteriormente alterada pela LC nº 147, de 7 de agosto de 2014, e regulamentada pelo Decreto Federal nº 6.204, de 05 de setembro de 2007, que por sua vez foi revogado pelo Decreto 8.538 de 06 de outubro de 2015. Atualmente, portanto, vigora a Lei Complementar 123/06 (com suas alterações pela LC 147/14) e no âmbito federal o Decreto Federal 8.538, de 06 de outubro de 2015. Importante registrar que além das micro e pequenas empresas, os benefícios quando da participação em licitações previstos pela LC 123/06 também serão aplicados às cooperativas (art. 34 da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007), ao Produtor Rural pessoa física e o Agricultor Familiar (art. 3º - A, da LC 123/06) e, ao MEI – microempreendedor individual (art. 18-E da LC 123/06). Sobre este aspecto, o Decreto 8.538/2015 consolidou o entendimento sobre a extensão dos benefícios, prevendo que:

Art. 1º Nas contratações públicas de bens, serviços e obras, deverá ser concedido tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte, agricultor familiar, produtor rural pessoa física, microempreendedor individual - MEI e sociedades cooperativas de consumo, nos termos deste Decreto (...)

Por fim, destacamos que, no decorrer do curso serão utilizadas jurisprudências administrativas da Corte de Contas Federal, o TCU – Tribunal de Contas da União, que é o *órgão de controle responsável por julgar as contas dos administradores e dos demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos federais. Compreende também os responsáveis pela aplicação de quaisquer recursos repassados pela União a Estado da Federação, ao Distrito Federal ou a município, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos semelhantes* (Conhecendo o Tribunal – 5ª ed. – p.10, disponível em www.tcu.gov.br). Além disso, pela Súmula 222 do TCU, todas as orientações deste órgão que tratar de normas gerais de licitação, serão estendidas aos Municípios, Estados e DF (ou seja, todas as esferas governamentais). Daí a importância do conhecimento das orientações desta Corte:

SÚMULA Nº 222 TCU

As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Também, no caso da licitação e contratação ser processada por recursos federais mediante repasse voluntário de recursos públicos da União para Estados e Municípios, estes também deverão observar a legislação federal a respeito do tema e, também, sob fiscalização do TCU:

Instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de convênios, instrumentos congêneres ou de consórcios públicos que envolvam repasse voluntário de recursos públicos da União devem conter cláusula que determine que as compras, obras e serviços sejam

contratados mediante processo de licitação pública, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente. **(Tribunal de Contas da União, Licitações & Contratos – Orientações e Jurisprudências do TCU, 4ª ed., 2010, p.824)**

E competência constitucional do TCU fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convenio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município. **Acórdão 170/2007 Plenário (Sumário)**

3. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS PARA A ANÁLISE DA DOCUMENTAÇÃO

A licitação possui diversos princípios informativos, de observância obrigatória. A doutrina não é uniforme quanto aos princípios aos quais a licitação se submete. Assim, serão indicados os de maior relevância para o presente curso.

De acordo com Carlos Ari Sunfeld⁸, os princípios são normas de hierarquia superior à das meras regras, sendo que determinam a interpretação adequada destas e colmatação de suas lacunas (ou seja, através dos princípios pode-se resolver problemas não previstos na legislação). As regras jurídicas devem ser interpretadas e aplicadas à luz dos princípios norteadores. Assim, em uma situação que possibilite a tomada de diversas soluções, deve-se escolher a que melhor atenda aos ditames dos princípios.

Primeiramente, cumpre ressaltar que todos órgãos/entidades que promovem licitações, estão exercendo função administrativa, portanto sujeitos ao regime jurídico-administrativo aplicável à disciplina. O regime jurídico-administrativo baseia-se em dois princípios fundamentais, sendo que deles decorrem outros princípios e regras. Os princípios que fundamentam o regime jurídico-administrativo são:

1) A **SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO** – que se traduz em alguns privilégios aos órgãos públicos como por ex. prazos maiores no processo judicial e na ideia da verticalidade nas relações

⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 19.

entre Administração Pública e particulares, o que fornece prerrogativas à Administração Pública (como por exemplo, a alteração unilateral de um contrato administrativo) e;

2) A **INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO** – significa que o administrador, o agente público, não tem disponibilidade sobre o interesse público, apenas o dever de curá-lo nos termos da finalidade a que estão adstritos (como por exemplo, na aplicação de penalidades não pode existir o administrador “bonzinho” e o administrador “mau”, sendo caso de aplicação de penalidade, deverá ser aberto o devido processo administrativo sancionador visando a aplicação de penalidade).

O art. 3º da Lei nº 8.666/93, prevê a observância dos princípios da isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, proibição administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e demais correlatos. Além disso, o art. 37 da Constituição Federal traz o princípio da eficiência (acrescentado pela EC nº 19/1998). Os princípios podem ser tanto explícitos na lei (como aqueles previstos no art 3º da Lei 8.666/93) quanto implícitos. Estes últimos, embora não estejam previstos de forma *expressa* pela CF ou pela Legislação que rege o tema, são reconhecidos como acolhidos pelo ordenamento jurídico.

O **Princípio da Legalidade** vincula o administrador a fazer apenas o que a lei autoriza, sendo que, na licitação, o procedimento deverá desenvolver-se não apenas com observância estrita às legislações a ele aplicáveis, mas também ao regulamento, caderno de obrigações e ao próprio edital ou convite, segundo Hely Lopes Meirelles⁹. Ainda, considerando o disposto no art. 4º da Lei 8.666/93, todos quantos participem da licitação, têm direito subjetivo à fiel observância do procedimento estabelecido na lei, sendo que o licitante que se sentir lesado, poderá impugnar administrativa ou judicialmente o procedimento. Até mesmo o próprio cidadão poderá assim fazê-lo, através da participação popular no controle da legalidade do procedimento, consoante Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰.

O **Princípio da Isonomia ou Igualdade** consiste na ideia de que todos devem receber tratamento paritário, em situações uniformes, não sendo admitidos privilégios ou discriminações arbitrárias. Assim, é

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 272.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 315-316.

importante salientar desde já, conforme ensinamentos de Marçal Justen Filho¹¹, que a discriminação não é repelida, uma vez que para que a Administração possa escolher o contratante e a proposta, há necessidade de diferenciação entre os contratantes. O que se proíbe é a discriminação arbitrária, ou seja, a sem justificativa, produzida por preferências subjetivas do administrador.

De acordo com lições de Celso Antônio Bandeira de Mello¹², o princípio da igualdade, além de consistir na obrigação de tratar isonomicamente todos os licitantes, também significa ensejar a qualquer interessado que atender às condições indispensáveis de garantia, a oportunidade de disputar o certame, daí decorrendo a ideia de proibição do instrumento convocatório conter cláusulas que frustrem ou restrinjam o caráter competitivo da licitação.

O **Princípio da Impessoalidade**, nas palavras de Diógenes Gasparini, estabelece que “a atividade administrativa deve ser destinada a todos os administrados, dirigida aos cidadãos em geral, sem determinação de pessoa ou discriminação de qualquer natureza”¹³.

José Afonso da Silva fornece outro significado a este princípio, referindo-se à impessoalidade quanto ao agente público em sua atuação administrativa. Para ele, “o princípio ou regra da impessoalidade da Administração Pública significa que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário”.¹⁴ Como exemplo deste segundo sentido, pode-se citar que os atos praticados por determinado funcionário, que foi irregularmente investido no cargo ou função, são considerados válidos, visto que são tidos como atos do órgão/entidade, e não do funcionário/agente público.

O **Princípio da Moralidade** significa que a Administração Pública, além de obedecer à Lei, deve respeitar a moral, adotar condutas honestas. Além disso, lecionou Diógenes Gasparini, que o Tribunal de

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 67.

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 500-501.

¹³ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 9.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 667.

Justiça de São Paulo¹⁵ trouxe a ideia de que a moralidade administrativa e o interesse coletivo são indispensáveis para a integração da legalidade do ato administrativo.

Tal princípio, para Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁶, está reiterado na referência ao princípio da probidade administrativa, sendo que o procedimento licitatório deverá desenvolver-se pautado em padrões éticos, onde Administração e licitantes devem apresentar um comportamento honesto.

Consoante Marcio Cammarosano, o princípio da moralidade não é a moral comum, mas sim a moralidade juridicizada (valores morais que tenham sido juridicizados – implementados no texto da Lei - pelo legislador) e ofende a moral quando há uma violação a esses valores previstos no ordenamento jurídico, ofendendo o princípio da legalidade e da moralidade. O art. 9º da Lei 8.666 retrata o princípio da moralidade, instituindo vedações como a não possibilidade de participar da licitação servidor do órgão licitante.

Em relação ao Princípio da **Probidade Administrativa**, atos de improbidade, além de ser inválidos, ensejam a aplicação de sanções severas a seus autores. Em consonância com o professor Marcio Cammarosano¹⁷, **a improbidade é a imoralidade administrativa especialmente qualificada, pelo atuar de forma desonesta, corrupta, dolosa**. Dessa forma que toda improbidade constitui ofensa à moralidade, mas nem todo ato que constitua ofensa a moralidade, será improbo, cabendo a Lei a definição dos comportamentos merecedores de sanção por improbidade administrativa. (Sobre esse assunto, vide a Lei nº 8.429/92).

Exceto quanto aos atos que foram declarados sigilosos, o **Princípio da Publicidade** obriga a divulgação dos instrumentos celebrados pela Administração Pública, tornando transparente suas condutas e possibilitando o conhecimento de todos os interessados, permitindo a fiscalização, bem como iniciando o efeito dos prazos. Pelos ensinamentos de Carlos Ari Sunfeld¹⁸, a publicidade, na licitação, é essencial “na

¹⁵ RDA, 89/134 *apud* GASPARINI, 2005, p.10.

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 501-502.

¹⁷ CAMMAROSANO, Márcio. O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa. Ed. Fórum.

¹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 21.

abertura do certame, para dar conhecimento dele aos possíveis interessados; no descerramento dos envelopes, para permitir o controle; quanto aos vários atos, para propiciar recursos e impugnações; etc.”.

O **Princípio da Eficiência** é o princípio mais moderno incidente na Administração Pública, trazido pela EC 19/98. Consiste no dever da Administração realizar a função administrativa com rapidez (não sendo justificável a inércia do Poder Público quando este deveria agir, podendo a Administração, inclusive, responder civilmente por sua inércia), perfeição (no sentido de evitar repetições e, conseqüentemente, reclamações por parte dos administrados) e rendimento (tratando-se, este último, da relação custo-benefício)¹⁹.

Pelos Princípios da **Razoabilidade e Proporcionalidade**, significa que, pela Razoabilidade, as decisões administrativas devem ser amparadas e pautadas em justificativas racionais, com fulcro no bom senso (por exemplo, violaria o princípio da razoabilidade um edital de pregão eletrônico, no qual participam licitantes de todo o Brasil, que exige-se logo após o final da etapa de lances, que o primeiro classificado teria 20 min para entregar a amostra do produto no órgão). Em relação à proporcionalidade, refere-se à intensidade das condutas, a intensidade das exigências dos atos administrativos (ex.: na aplicação de penalidades a administração não pode aplicar a pena mais severa se a conduta do licitante/contratado for de menor potencial ofensivo).

É pelo Princípio da **Competitividade** que o edital não pode conter exigências descabidas, cláusulas ou condições que restrinjam indevidamente o possível universo de licitantes para aquele certame. Isso porque, a Competitividade impõe que as decisões administrativas sejam pautadas na busca do maior número possível de interessados, na ampliação da competitividade para aquele certame/licitação, fomentando que dele participem o maior universo de licitantes.

Pelo **Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório**, Administração e licitantes vinculam-se ao estabelecido no edital ou carta-convite. Como afirmava Hely Lopes Meirelles²⁰ e demais doutrinadores, “o edital é a lei interna da licitação”.

¹⁹ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 21.

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 273.

O **Princípio do Julgamento Objetivo** obriga a Administração a efetuar o julgamento das propostas com base nos critérios já definidos no instrumento convocatório. Esse princípio nada mais é do que uma forma de afastar o subjetivismo do julgador no momento do julgamento.

Princípio crucial é o da **Motivação**, segundo o qual todas as decisões administrativas devem ser sempre justificadas por escrito no processo da licitação, motivadas, ou seja, o agente responsável pela tomada da decisão enunciar expressamente os motivos de fato e de direito que justificam determinada decisão. A motivação é essencial para o controle e fiscalização dos atos, além de ser importantíssimo para assegurar a responsabilidade dos agentes públicos envolvidos no processo e nas decisões, protegendo futuramente os agentes públicos que adotaram a conduta “x” ou “y” no caso daquele processo ser alvo de fiscalização pelos órgãos de controle.

Quanto aos Princípios correlatos, a lei se reporta a outros princípios, expressos ou implícitos. A doutrina traz diversos outros princípios, aplicáveis ao procedimento licitatório. Odete Medauar cita o princípio da competitividade, do contraditório, da ampla defesa, formalismo moderado e verdade material.²¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro²² faz referência aos princípios da ampla defesa e da adjudicação compulsória, sendo que este último significa que o objeto da licitação só pode ser atribuído ao vencedor da licitação, após concluído o procedimento licitatório. Observe que esse direito do vencedor limita-se à adjudicação – a Administração não poderá contratar com outra pessoa, enquanto estiver válida a adjudicação – não tendo direito ao contrato imediato, pois, dentro dos limites legais, a Administração pode revogar ou anular a licitação, ou mesmo adiar o contrato, conforme ensinamentos de Hely Lopes Meirelles²³. Este doutrinador traz também o princípio do sigilo na apresentação das propostas, que apenas poderão ser abertas após a habilitação dos licitantes, na data designada para abertura dos envelopes que as contenham.

²¹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 208.

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 319-320

²³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 273.

4. NÃO CONFUNDIR PRINCÍPIO DO PROCEDIMENTO FORMAL COM FORMALISMO EXCESSIVO

É de extrema relevância que não se confunda o princípio do procedimento formal com excesso de formalismo inútil e desnecessário. Quem abordou o tema com propriedade e cabe integral citação, foi Hely Lopes Meirelles²⁴, para o qual:

“o princípio do procedimento formal é o que impõe a vinculação da licitação às prescrições legais que a regem em todos os seus atos e fases. Essas prescrições decorrem não só da lei mas, também, do regulamento, do caderno de obrigações e até do próprio edital ou convite, que complementa as normas superiores, tendo em vista a licitação a que se refere (Lei nº 8.666/93, art. 4º).

Procedimento formal, entretanto, não se confunde com “formalismo”, que se caracteriza por exigências inúteis e desnecessárias. Por isso mesmo, não se anula o procedimento diante de meras omissões ou irregularidades formais na documentação ou nas propostas desde que, por sua irrelevância, não causem prejuízo à Administração ou aos licitantes. A regra é a dominante nos processos judiciais: não se decreta a nulidade onde não houver dano para qualquer das partes – *pas de nullité sans grief*, como dizem os franceses.”

Assim, Princípio do procedimento formal, pelo qual a licitação caracteriza ato administrativo formal (art. 4º, parágrafo único, Lei nº 8.666/93), na fase de habilitação, jamais deve ser confundido com o do formalismo exagerado, que ocorre quando a postura da Administração evidencia-se por exigências inúteis e desnecessárias.

Nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello “ressalvam-se, apenas, defeitos mínimos, geralmente de forma, que sejam efetivamente irrelevantes e por isso mesmo incapazes de afetar quaisquer princípios da licitação e particularmente o do imprescindível equilíbrio absoluto entre os ofertantes”²⁵

No mesmo sentido já orientou o TCU: Decisão 472/95 “Na fase de habilitação a Comissão de Licitação não deve confundir o procedimento formal inerente ao processo licitatório com o formalismo, que

²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 31ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 272.

²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Licitação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 63.

se caracteriza por exigências inúteis e desnecessárias, e cujo desatendimento, por sua irrelevância, não venha a causar prejuízo à Administração ou aos licitantes”.

Assim, erros ou falhas formais (de mera forma, que não digam respeito ao conteúdo dos atos) podem ser saneados pela comissão ou pregoeiro, como por ex.: se o edital exigiu os documentos ou proposta em duas vias e o licitante trouxe apenas uma via, se a proposta está devidamente assinada apenas faltando a rubrica, se o dossiê de documentos ou proposta não foi numerado, todos os documentos exigidos constam do dossiê mas foram incluídos fora da ordem exigida no edital, todos defeitos meramente formais que podem ser saneados e não causam a inabilitação ou desclassificação do licitante.

Somente no que tange aos erros substanciais (dizem respeito à substância, essência, natureza do ato) que não se admite a correção, caso contrário violaria o princípio da igualdade entre os ofertantes: assim, por exemplo, se o licitante esqueceu de incluir em seu envelope a documentação exigida, não há como sanear esse defeito. Imagine que o edital solicitou atestados de capacidade técnica ou balanço patrimonial e o proponente esqueceu de incluí-los no envelope de habilitação – não resta outra alternativa, exceto sua inabilitação.

4.1 PROMOÇÃO DE DILIGÊNCIAS X PROIBIÇÃO DE INCLUSÃO DE DOCUMENTO NOVO

Sobre esse assunto, precisamos abordar questão relevantíssima. A Administração, em qualquer momento da licitação, poderá promover diligência com fito de esclarecer ou complementar a instrução do processo, sanando dúvidas, desde que essa diligência não caracterize a inclusão de documento novo que deveria ser entregue no momento oportuno.

Assim, com exceção do benefício da LC nº 123/06 que concede a regularização fiscal tardia para micro, pequenas empresas e beneficiados, no caso do licitante que deveria entregar, dentro do envelope de habilitação os documentos exigidos no instrumento convocatório e simplesmente esquece de inseri-los no envelope, será inabilitado.

Entretanto se o documento foi devidamente inserido e apenas surgiu uma dúvida sobre aquele documento, é permitido que a Administração efetue diligência para complementar o documento

devidamente entregue dentro do envelope. Imagine, por exemplo, um atestado de capacidade técnica no qual surja dúvida sobre a veracidade das informações ali constantes, ou falte dados a respeito dos quantitativos efetivamente concretizados. A Administração pode abrir a diligência devendo o licitante entregar outro documento que, efetivamente, comprove as informações ali constantes (ex.: contrato respectivo contendo os quantitativos efetuados).

Assim, como exemplo de diligência para complementar documento, podemos citar se um atestado de serviço não possui referência a quantidades e prazos, ao invés de inabilitar, deve ser feita diligência, solicitando os contratos a que se vinculam os atestados. **Dessa forma a diligência tem o fim de esclarecer, complementar ou comprovar conteúdos dos documentos devidamente entregues no momento oportuno.**

Mesmo o documento autenticado não constitui prova absoluta de veracidade, devendo no caso de dúvida a Administração promover diligência para comprovar a veracidade das informações constantes no documento.

Dispõe a Lei nº 8.666/93:

Lei 8.666/93,

Art. 43 (...)

§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

O doutrinador Sidney Bittencourt²⁶ salienta que no §3º do artigo 43 da Lei nº 8666/92:

(...) a Lei faculta à comissão de licitação – em qualquer fase do procedimento licitatório– diligenciar na busca de esclarecimento ou complementação da instrução do processo, mas

²⁶ BITTENCOURT, Sidney. **Licitação Passo a Passo**. 7ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014,p.376..

impede a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originalmente da proposta. Nesse viés, a princípio, a promoção de diligências caberia tão somente para a comprovação de veracidade documental, caso necessário.

Portanto a diligência tem fito de complementar documento devidamente apresentado ou sanar dúvida de algum fato nele constante. Reiteramos, novamente, que se o licitante esqueceu de incluir em sua documentação um documento vital, será inabilitado, uma vez que pelo princípio da isonomia todos tiveram o mesmo prazo para preparar seus documentos e propostas:

“Todos os interessados devem merecer igual tratamento. Por isso, têm o mesmo prazo para preparar e entregar seus dossiês de habilitação. Permitir a um deles a complementação posterior seria privilegiá-lo no confronto com os outros, pondo a perder o caráter igualitário do certame”.²⁷

Oportuna a lição de Ivo Ferreira sobre o assunto;

“Em princípio, a recepção intempestiva de documentos ou de informações, pela Comissão, importará em violação do direito dos demais licitantes, ensejando a interposição de representação para a Autoridade Superior, de quem se considerar prejudicado, sem prejuízo da anulação do certame, se houver motivo.

É admissível, no entanto, a juntada de **documento meramente explicativo e complementar de outro preexistente**; ou se relativo a fato superveniente à entrega da proposta; ou para efeito de produzir contraprova ou de demonstrar o equívoco do que foi decidido pela Administração, sem que tal importe em quebra dos princípios constitucionais ou legais que regem o certame.

É permitida a juntada de documento novo, desde que se vise, com ele, exclusivamente, a complementar o processo, a sanar a falha, ou a aperfeiçoar a declaração lacunosa, sem

²⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. Licitação e Contrato Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1994, p.111.

alterar a proposta, no entanto. Ou ainda, quando o licitante demonstrar que não lhe era possível dispor dos documentos à época em que deveria tê-los entregue;

Informação complementar, desde que tenha por finalidade confirmar ou esclarecer determinado dado constante em outro documento já apresentado oportunamente, também poderá ser aceita e, então, incluída no processo.

Quando a Comissão de Licitação ou a Autoridade Superior permitir ou determinar a juntada de documento, seja ele qual for, ou a sua complementação, por um dos licitantes, comunicará o fato aos demais, assinando-lhes prazo para que estes, querendo, se manifestem a respeito.

Quaisquer que sejam as diligências, destinem-se elas a permitir a juntada de documento novo, a sanar falhas formais, a integrar lacunas, a complementar a instrução do processo, etc, será prudente lavrar de tudo ata circunstanciada, fazendo-a assinar por todos os interessados.

(...)

O saneamento de falhas, o suprimento de omissões, ou o esclarecimento de pontos obscuros deve ser feito de modo a não ferir o princípio da igualdade, e, em geral, pode ser admitido, independentemente de pedido do interessado, quando:

- a) Destinar-se à supressão de falhas meramente formais, ou de simples omissões dos licitantes, isto é, quando o vício não afetar ou disser respeito ao conteúdo propriamente dito do documento ou da proposta, e não macular a própria essência do ato praticado ou da manifestação realizada.
- b) A falha ou a irregularidade a suprir decorrer de razoável incompreensão do edital pelo licitante, ou pela própria Comissão de Licitação ou Autoridade Superior, visar à eliminação de dúvidas quanto ao conteúdo de declarações fornecidas por terceiros, mediante certidões, atestados, ou peças equivalentes, hipóteses em que a Comissão ou ainda a Autoridade Superior poderá solicitar esclarecimentos ou, mesmo, a comprovação do que neles se alegou;
- c) Quando o defeito ou a falha formal for de natureza muito leve a diligencia nem mesmo precisará ser realizada, como, por exemplo, em caso de ausência de rubricas em todas as folhas da proposta devidamente assinada, ou de indicação do número do CPF/CNPJ em

campo diverso daquele determinado na proposta-padrão, relevando-as de plano, a Comissão ou Autoridade Superior.”²⁸

Prudente lembrar a lição de Marçal Justen Filho, na hipótese do erro documental dever-se à equívoco do próprio instrumento convocatório, que não determina de forma exata e clara qual o documento a ser entregue:

“É usual o edital restringir-se a transcrever o texto legislativo, sem determinar de modo exato os documentos exigidos, o que remete o particular a uma tarefa adivinhatória. Como a licitação não é compatível com concepção dessa ordem, é descabido punir o licitante pelo equívoco propiciado pelo defeito do ato convocatório. Então, o particular que apresentou documentação diversa daquela pretendida (mas não de modo explícito) pela Administração, terá a faculdade de exibir o documento reputado satisfatório”.²⁹

²⁸ OLIVEIRA, Ivo Ferreira de. Licitação. Formalismo ou Competição. Rio de Janeiro: Temas & Ideias, 2002, p.276-279.

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 16ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.648.