

Análise de Editais de Licitação

Aspectos Relevantes

Ruy Bezerra de Oliveira Filho *

1. INTRODUÇÃO

Ao discorrer sobre *edital*, escreve Jessé Torres Pereira Junior:

"O edital é a peça-chave da fase de abertura da licitação, embora com ela não se confunda, nem a esgote..."

O edital não se restringe à fase de abertura porque as regras que estipular permearão todas as demais fases, que a ele se aterão. Assim, as exigências da habilitação serão as do edital; a modalidade e o tipo da licitação, bem como o regime de execução do objeto, os fatores e critérios para o julgamento das propostas, terão sido fixados no edital e nortearão as fases da habilitação, da classificação, da adjudicação e da homologação"; PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres - Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública; 4ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

É por isso que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, previsto no artigo 3º, *caput*, da Lei Federal nº 8666, de 21 de junho de 1993, é considerado como um dos mais importantes de todo o procedimento licitatório.

A Divisão de Análise de Licitações, Contratos e Convênios da Capital - DILC, integrante do Departamento de Controle Municipal do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, tem intensificado, desde 1999, a análise técnica jurídica de editais (aqui inclusos todos os instrumentos convocatórios: editais, *strictu sensu*, e cartas-convites) de licitações promovidas pelos diversos órgãos e entidades das administrações direta e indireta do Município do Recife, nos termos do artigo 113 da Lei de Licitações.

Vale ressaltar que a análise de edital de licitação apresentar-se-á mais eficaz se o órgão ou entidade promotor do certame for cientificado das falhas existentes antes da sessão de recebimento dos envelopes e início da fase de habilitação, uma vez que haverá tempo hábil para saná-las.

Em licitações cujo objeto seja obra ou serviço de engenharia, entretanto, em alguns casos, faz-se mister envio do edital e seus anexos ao Núcleo de Engenharia deste TCE, para estudo dos aspectos técnicos relativos a suas atribuições, o que poderá fazer com que a análise completa do instrumento somente seja finalizada após a data marcada para a sessão inicial do certame, a depender da exigüidade de tempo.

2. DA ANÁLISE - PRINCIPAIS PONTOS

2.1. Prazo de Publicidade

Ao escrever sobre a publicidade, princípio constitucional da administração pública (artigo 37, *caput*), Hely Lopes Meirelles ensina:

"Publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos. Daí por que as leis, atos e contratos administrativos que produzem consequências jurídicas fora dos órgãos que os emitem exigem publicidade para adquirirem validade universal, isto é, perante as partes e terceiros.

...

Os atos e contratos administrativos que omitirem ou desatenderem à publicidade necessária não só deixam de produzir seus regulares efeitos como se expõem à invalidação por falta desse requisito de eficácia e moralidade"; MEIRELLES, Hely Lopes - Direito Administrativo Brasileiro, 23ª edição; São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

Em se tratando de licitações e contratos administrativos, a publicidade, também consagrada como princípio básico pela Lei 8666/93, no artigo 3º, *caput*, desempenha, ainda, outras funções, conforme aponta Marçal Justen Filho:

“A publicidade desempenha duas funções. Primeiramente, objetiva permitir o amplo acesso dos interessados ao certame. Refere-se, nesse aspecto, à universalidade da participação no processo licitatório. Depois, a publicidade orienta-se a facultar a verificação da regularidade dos atos praticados”; JUSTEN FILHO, Marçal - Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos; 6ª edição; São Paulo: Dialética Editora, 1999.

Ambas as funções da publicidade interessam ao Tribunal de Contas, a cujo controle externo o órgão ou entidade está sujeito. De forma imediata, contudo, é exatamente essa segunda função observada por Marçal Justen Filho, que vai nos interessar, por ocasião de análise de editais de licitação. Entendemos que o prazo de publicidade deve ser o primeiro aspecto observado quando da realização dessa apreciação.

Em se tratando de processo licitatório, publicidade nem sempre se confunde com publicação em jornal ou Diário Oficial. A própria Lei de Licitações não exige, no caso de convite, tal formalidade. É dispensada a publicação, *in strictu sensu*, mas não a publicidade.

Os prazos mínimos até o recebimento das propostas ou da realização do evento estão fixados no artigo 21, § 2º, de acordo com cada modalidade de licitação.

A contagem de tais prazos obedecem aos princípios de contagem dos chamados “prazos dilatatórios” do direito processual civil, uma vez que a Lei de Licitações segue essa disciplina no artigo 110, senão vejamos:

“Art. 110. Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, exclui-se-á o dia de início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.

Parágrafo único. Só se iniciam e vencem os prazos referidos neste artigo em dia de expediente no órgão ou na entidade”.

No caso de licitações em modalidade diferente de convite, o prazo de publicidade não necessariamente terá como ponto de partida a publicação em jornal diário de grande circulação ou em D.O., conforme se depreende do disposto no mesmo artigo 21, § 3º:

“§ 3º Os prazos estabelecidos no parágrafo anterior serão contados a partir da última publicação do edital resumido ou da expedição do convite, ou ainda da efetiva disponibilidade do edital ou convite e respectivos anexos, prevalecendo a data que ocorrer mais tarde” (destacamos).

Podem ocorrer, portanto, casos em que a datas de publicação do edital e de sua disponibilidade aos interessados não sejam coincidentes. Nessa hipótese, aplicar-se-á o disposto no referido § 3º.

Em um dos editais analisados ocorreu a seguinte situação: o aviso da tomada de preços foi publicado na edição dos dias 11 e 12 de fevereiro (sexta-feira e sábado) do Diário Oficial da Prefeitura da Cidade do Recife, que circulou no dia 14 de fevereiro (segunda-feira); a data prevista para recebimento dos envelopes contendo a documentação de habilitação e proposta era 28 de fevereiro; como se tratava de licitação na modalidade tomada de preços, o prazo mínimo até o recebimento das propostas é de 15 dias, conforme disposto na Lei 8666/93, artigo 21, § 2º, inciso II.

A apreciação do citado edital concluiu não haver sido respeitado o prazo mínimo de publicidade, a partir das seguintes considerações:

- a) como as datas de publicação (12.2 - sábado) e de disponibilidade do edital (14.2 - segunda-feira) são diversas, prevalece a que ocorreu mais tarde, de acordo com o imperativo legal;
- b) além disso, o Código de Processo Civil, em seu artigo 240, parágrafo único, dispõe que as intimações “*consideram-se realizadas no primeiro dia útil seguinte, se tiverem ocorrido em dia que não tenha havido expediente forense*”, como foi o caso sob exame;

- c) aplicando a data de 14.2 como quando se deu a publicidade do edital, e, conforme disposição legal, excluindo-se o dia de início e incluindo-se o do vencimento, teríamos, apenas, até o dia 28.2, 14 dias, prazo inferior ao mínimo legal.

Entendemos que o referido edital estava eivado de falha ensejadora de sua nulidade, de forma que a respectiva comissão de licitação foi cientificada tempestivamente e, acatando as razões contempladas no relatório preliminar, adiou o certame, reabrindo-se o prazo.

2.2. Indicações Obrigatórias do Edital

As informações essenciais que devem compor o instrumento são as relacionadas no artigo 40 da Lei de Licitações. Vale acrescentar, ainda, que se a minuta contratual integrar o edital, deverá conter, igualmente, as cláusulas necessárias enumeradas pelo artigo 55 do mesmo diploma legal.

Deve-se observar, também, a necessidade de existência de projeto básico, no caso de obras ou serviços de engenharia e de licitações de maior complexidade, ou, na hipótese de serviços de outra natureza, de, pelo menos, um termo de referência, contendo aqueles elementos relacionados no artigo 6º, inciso IX e alíneas, da referida Lei, para uma perfeita caracterização do objeto pretendido pela Administração.

Atenção especial merecem, ainda, as disposições relativas aos critérios de julgamento, principalmente nas hipóteses de aplicação de fórmulas para definição da proposta vencedora; deve-se verificar se elas privilegiam o menor preço, sem olvidar, por outro lado, nas simulações, a observância aos critérios de aceitabilidade dos preços.

2.3. Cláusulas Restritivas ou Impertinentes

O artigo 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8666/93, prescreve:

“§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em

razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato”.

Listamos, a seguir, alguns exemplos de casos concretos:

a) Cláusulas Restritivas

- Num certame cujo critério de julgamento era o de menor preço por item, o edital exigiu dos licitantes, como condição à habilitação, a comprovação de prestação de garantia, calculada pelo percentual de 1% (um por cento) sobre o valor total estimado do objeto da licitação (soma de todos os itens); tal procedimento feriu frontalmente o princípio da isonomia (Constituição Federal, artigo 5º, *caput*, e Lei 8666/93, artigo 3º, *caput*), na medida em que igualou os desiguais, exigindo-se o mesmo valor de garantia, independentemente se o licitante apresentaria proposta para apenas um ou para todos os 20 itens da licitação; afastou, pois, licitantes menores, que, inobstante sua condição financeira, poderiam cotar preços satisfatórios à Administração para itens de menor valor;
- Cláusula proibindo a participação de licitantes punidos por um determinado órgão ou entidade com a suspensão do direito de licitar ou contratar com a Administração; vale salientar que, conforme interpretação sistemática dos artigos 6º, incisos XI e XII, e 87, incisos III e IV, ambos da Lei de Licitações, a suspensão temporária de participação em licitação e o impedimento de contratar são penalidades cabíveis somente no âmbito da Administração, ou seja, limita-se ao órgão, entidade ou unidade que a aplicou, não se podendo ampliar esse alcance a toda a Administração Pública, uma vez que esse efeito é exclusivo da declaração de inidoneidade;

b) Cláusulas Impertinentes

- Cláusula exigindo apresentação de declaração de duas “firmas de renome”, comprovando o bom desempenho profissional para os servi-

ços similares ao objeto. Tal exigência carece de objetividade, pois a expressão *firmas de renome* não tem significado definido, ficando a cargo da comissão de licitação decidir se as declarações apresentadas pelos licitantes cumprem tal exigência, o que fere o princípio do julgamento objetivo por que deve primar todo o procedimento licitatório.

- Numa licitação cujo objeto era a permissão remunerada de uso de imóveis para instalação de estabelecimento comercial destinado exclusivamente à exploração de casa noturna para apresentação de shows folclóricos, o edital exigia certidão da Junta Comercial do Estado de Pernambuco (JUCEPE), para fim de comprovar que o licitante explorava ou havia explorado atividade comercial relacionada ao ramo de **livraria ou similar**.

2.4. Exigência de Documentos de Habilitação

Uma das falhas mais comuns em instrumentos editais é a ampliação da exigência de documentos de habilitação. Os documentos exigíveis aos licitantes como condição à habilitação em certames licitatórios estão elencados nos artigos 27 a 31 da Lei de Licitações. Essa enumeração é *numerus clausus*; não poderá o edital incluir novos documentos ou condições não previstos expressamente na Lei, exceção feita à qualificação econômico-financeira em que poderá ser solicitado aos licitantes prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso (artigo 30, inciso IV).

Nesse sentido, ao comentar o artigo 27, escreve com propriedade Hely Lopes Meirelles, citado em obra de Carlos Pinto Coelho Motta:

"Nenhuma outra documentação deverá ser exigida, pois o legislador empregou deliberadamente o advérbio 'exclusivamente', para impedir que a Administração, por excesso de cautela ou vício burocrático, condicione a habilitação dos licitantes à apresentação de documentos inúteis ou dispendiosos, que muitas vezes afastam concorrentes idôneos pela dificuldade em obtê-los" (MOTTA, Carlos Pinto Coelho - Eficácia nas Licita-

ções e Contratos; 5ª edição; Belo Horizonte: Del Rey, 1995).

Comunga da mesma interpretação Jessé Torres Pereira Junior, senão vejamos:

"Ainda que toca às generalidades dos documentos exigíveis na fase de habilitação, sublinhe-se que o ato convocatório padecerá de vício de ilegalidade se exigir qualquer documento, por mais plausível que pareça, previsto nos arts. 27 a 31" (in ob. cit.).

Vejamos alguns exemplos concretos de exigências de documentos para habilitação mais comuns que extrapolaram previsões legais:

- Registro ou inscrição na entidade profissional competente e respectiva **quitação**: a Lei não autoriza a Administração a solicitar comprovação de quitação na entidade profissional, apenas o registro, como prova de qualificação técnica (artigo 30, inciso I);
- Exigência cumulativa de garantia para participação no certame e de comprovação de capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo: determina o artigo 31, § 2º: *"A administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, OU ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado"* (destacamos). É dado ao órgão, naquelas exatas hipóteses, apenas a faculdade de optar por **uma** das alternativas, fixando-a no instrumento convocatório, não podendo exigir os dois documentos;
- Outro erro bastante comum é requerer, na fase de habilitação, informações alusivas especificamente ao objeto da licitação, tais como manuais, certificados de garantia, declarações de assistência técnica. Tais documentos, de ine-

gável importância para a Administração, devem ser solicitados junto à proposta de preços por não estarem enumerados como condição à habilitação. A sua não apresentação poderia ensejar desclassificação do certame, mas, nunca, inabilitação, por falta de previsão legal.

- Um dos editais de concorrência analisados continha o seguinte pedido: “*Comprovante de residência: conta de água, luz, telefone ou aviso de banco, etc., devendo estar obrigatoriamente, em nome do proponente e com data recente. No caso de inexistir comprovante de residência em nome do proponente, o mesmo deverá apresentar declaração de domicílio firmado por duas testemunhas devendo ser reconhecidas as firmas por tabelião*”. Completamente descabida tal exigência.

3. CONCLUSÃO

Dos trabalhos de apreciação de instrumentos convocatórios de licitação, apresentam-se possíveis três hipóteses:

- a) O edital encontra-se em conformidade com as normas e princípios que regem a matéria; arquivam-se a documentação;
- b) Detectaram-se falhas de somenos importância, que não ensejam nulidade do ato. Nesse caso, a documentação é arquivada para posterior anexação ao processo de Prestação de Contas Anuais da respectiva unidade;
- c) Existe falha grave no instrumento (relacionadas no Anexo Único). Nessa última hipótese, formaliza-se, no TCE, um processo administrativo de Análise de Procedimento Licitatório, abrindo-se prazo de defesa aos responsáveis apontados. Tal processo é distribuído a um Conselheiro Relator a quem caberá, em sessão, seguir ou não os termos do relatório técnico preliminar, onde foi constatada a falha grave e recomendada a anulação do edital.

Eram essas as considerações que tínhamos a fazer

sobre aspectos relevantes em análise de editais de licitação.

ANEXO ÚNICO

Irregularidades em Editais de Licitação que ensejam formalização de Processo de Análise de Procedimento Licitatório (com respectivas fundamentações)

1) Prazo ou forma de publicidade diversa da prescrita em lei

- Princípio da publicidade, artigo 37, *caput*, da Constituição Federal e artigo 3º, *caput*, da Lei de Licitações
- Lei 8666/93, artigo 21

2) Cláusulas restritivas que atingem o princípio da isonomia entre os licitantes

- Constituição Federal, artigos 5º, *caput*, e 37, XXI
- Lei 8666/93, artigo 3º, § 1º, inciso I

3) Aumento das condições de habilitação na licitação, de forma a diminuir o universo dos participantes (vide fundamentação acima)

- Lei 8666/93, artigos 27 a 31

4) Ausência de projeto básico para obras ou serviços de engenharia ou para licitações de maior complexidade, ou de termo de referência para os demais serviços

- Lei 8666/93, artigos 6º, inciso IX; 7º, inciso I, e § 2º, inciso I; e 40, § 2º, inciso I

5) Existência de aplicação de fórmulas como critério de julgamento, em licitações tipo menor preço ou técnica e preço, que não privilegiam a proposta mais econômica. Deve-se atentar, nesse ponto, entretanto, ao fazer as simulações, para os critérios de admissibilidade dos preços.

- Princípio da economicidade, artigo 70, *caput*, da Constituição Federal, e artigo 3º, *caput*, da Lei de Licitações;
- Lei 8666/93, artigos 45 e 46.

* *Auditor das Contas Públicas, na Chefia da Divisão de Análise de Licitações, Contratos e Convênios da Capital - DILC, é integrante do Grupo de Assessoria Especial - GAE, do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco.*