Doutrina

INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO - 05 | 21 | DEZ | 2011

Título: **COMPETÊNCIA E RESPONSABILIDADE DOS ELABORADORES DE ATO CONVOCATÓRIO DE LICITAÇÃO E SEUS ANEXOS**

Autor: **Jessé Torres Pereira Júnior/ Marinês Restelatto Dotti**

Por: Jessé Torres Pereira Junior

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Autor, entre outras, das obras Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública (8ª. ed.); Controle judicial da Administração Pública: da legalidade estrita à lógica do razoável (2. ed.); e Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas, em coautoria com Marinês Restelatto Dotti.

Marinês Restelatto Dotti

Advogada da União, Especialista em Direito do Estado e Direito e Economia pela UFRGS.

1. Introdução

O art. 37, inciso XXI, da CR/88, ao consagrar a licitação como o processo jurídico formal por meio do qual a Administração Pública identifica a proposta mais vantajosa para contratar compra, obra, serviço ou alienação, nomeia os seus elementos e condições essenciais: o caráter competitivo, a assegurar condições de igualdade entre todos os concorrentes que se disponham a disputar o contrato; a adoção de cláusulas que reflitam as especificações do objeto em disputa, a que as propostas se devem vincular; a formulação de exigências de qualificação técnica e financeira dos licitantes tão só indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, de que resultará a correta execução do contrato.

O preceptivo constitucional não menciona a sede onde esses elementos de condições deverão estar previstos, de modo a que a Administração os faça conhecidos de todos os interessados em participar da competição seletiva pública e a ensejar que preparem os seus documentos e propostas em harmonia com eles. Dispensável que o fizesse.

É da lógica do processo da licitação que esta seja instaurada por ato que dê publicidade às regras segundo as quais os concorrentes disputarão o contrato. Por isto que se define esse ato como o da convocação para a disputa. O ato convocatório, que põe fim à fase interna do processo - na qual todos aqueles elementos e condições foram estabelecidos - e inaugura a fase externa do processo - a da apresentação e do julgamento de documentos e propostas - é o edital, para as licitações de maior porte, ou a carta convite, para as licitações de menor valor estimado.

Nada mais é necessário dizer para que se perceba, de pronto, a importância desse ato para o processo da licitação, cujo êxito ou insucesso estará, na maioria dos casos, na dependência de o edital ou a carta convite ser peça idônea e apta para fixar, em ternos claros e precisos, todas as especificações necessárias e suficientes do objeto e todas as regras relevantes da competição, igualmente vinculantes da Administração e dos licitantes.

Transparece, desde logo, a importância de se conhecer quem é o competente para a elaboração desse ato, jurídico e técnico a um só tempo, e quais são as responsabilidades decorrentes do exercício dessa competência.

O presente texto destina-se a examinar essas competências e responsabilidades, no intuito de contribuir para que os agentes públicos participem da elaboração dos atos convocatórios com plena ciência dos efeitos e consequências dessa participação, tal como os dimensionam e aplicam os órgãos de controle externo.

Uma vez que o art. 40, § 2º, da Lei 8.666/93 designa como anexos constitutivos do edital, "dele fazendo parte integrante", o projeto básico e/ou executivo, bem como o orçamento estimado do valor do objeto, ver-se-ão igualmente as competências para a sua elaboração e as responsabilidades respectivamente decorrentes. Far-se-á em texto futuro a análise da competência e das responsabilidades atinentes à elaboração e aprovação de minuta de contrato, que também deve integrar o ato convocatório como anexo.

No campo das responsabilidades, balizará o estudo a noção de sanção - "Quase não tergiversa a doutrina quando alude à sanção como inerente ao próprio sistema jurídico, especialmente porque nesse todas as condutas estariam previamente regradas como facultativas (permitidas), proibidas ou obrigatórias, e seu não cumprimento daria ensejo à aplicação daquela. Sua função precípua (da sanção) não seria a de impor castigos, mas, sim, num primeiro e mais elevado plano, a de garantir a eficácia das normas de conduta previamente reguladas... Desta forma, definimos como sanção a direta e imediata consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo, determinada pela norma jurídica a um comportamento proibido nela previsto, comissivo ou omissivo, dos seus destinatários" (Daniel Ferreira, *Sanções Administrativas*, p. 15 e 25. Ed. Malheiros, 2001).

2. Competência para a elaboração de ato convocatório

A Lei 8.666, de 1993, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratações administrativas no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, não indica quem deva elaborar o edital ou a carta convite. Refere-se, genericamente, aos "*agentes públicos*" no seu art. 3º, § 1º, incisos I e II, *verbis*:

"§ 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, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, 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, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei 8.248, de 23 de outubro de 1991;

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei 8.248, de 23 de outubro de