

## **Entre a Agilidade e a Segurança: Reflexões sobre a Inversão das Fases**

Sérgio Ciquera Rossi<sup>1</sup>

As fases da licitação sempre estiveram disciplinadas nos diplomas legais correspondentes. A Lei nº 5.456, de 1972, por exemplo, estabelecia, em seu artigo 32, que seriam recebidas a documentação de habilitação e a proposta. Mais adiante, no artigo 34, prescrevia a abertura do envelope da documentação. Os incisos I e II determinavam a devolução, fechados, dos envelopes contendo as propostas dos licitantes que não houvessem comprovado o atendimento das exigências de habilitação, desde que não tivesse havido recurso contra o ato de inabilitação. Em outras palavras, se houvesse impugnação ainda não decidida, o certame poderia prolongar-se por algum tempo. Resolvida a controvérsia, procedia-se à abertura dos envelopes das propostas de todos os licitantes habilitados, ou seja, daqueles cuja documentação estivesse em conformidade com as exigências editalícias.

A esse respeito escreveu o sempre mestre Professor Hely Lopes Meirelles:

A apreciação da documentação, bem como das impugnações ou recursos a ele relativos, poderá ser feita em seguida à abertura dos envelopes respectivos, ou em reunião interna da comissão, desde que se designe data, local e hora para a leitura da ata contendo os resultados do julgamento (habilitação), ou se publique esse julgamento, para possibilitar os recursos cabíveis [...]. Se houver inversão ou concomitância na abertura dos envelopes, documentação e proposta, a licitação torna-se passível de invalidação, pois a habilitação dos licitantes há que anteceder, necessariamente, ao julgamento de suas ofertas [...] e suas propostas serão devolvidas nos respectivos envelopes sem serem abertos (Licitação e

---

<sup>1</sup> Chefe do Gabinete da Presidência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo

Tanto o Decreto-Lei nº 2.300, de 1986, em seu artigo 35, quanto a Lei nº 8.666, de 1993, em seu artigo 43, mantiveram essa sistemática que poderíamos chamar de clássica. Vale recordar, ainda, o entendimento exposto em *Comentários ao Sistema Brasileiro de Licitações e Contratos Administrativos* (Editora NDJ, 2016, p. 304), coordenado por Jessé Torres Pereira Júnior, no qual se reafirma que "os licitantes que não foram habilitados receberão de volta, sem serem abertos, seus respectivos envelopes de propostas [...]".

Essa regra vigorou até a edição da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, que instituiu a modalidade pregão e estabeleceu, em seu artigo 4º, inciso VIII, que, "declarada encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação apenas do licitante que apresentou a melhor proposta", para verificar o atendimento das condições fixadas no edital. Convém lembrar que essa lei se destinava às compras e aos serviços comuns e foi posteriormente revogada pela Lei nº 14.133, de 2021.

Nascia, então, na sistemática do Pregão, o modelo da inversão das fases: primeiro é feito o julgamento das propostas e, somente depois, faz-se a habilitação.

Na atual sistemática licitatória – a mencionada Lei nº 14.133, de 2021 –, assim restaram disciplinadas as fases de licitação pela dicção do artigo 17, seus incisos e seu §1º:

Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:

I - preparatória;  
II - de divulgação do edital de licitação;  
III - de apresentação de propostas e lances, quando for o caso;  
IV - de julgamento;  
V - de habilitação;  
VI - recursal;  
VII - de homologação.  
**§ 1º A fase referida no inciso V do caput deste artigo poderá, mediante ato motivado com explicitação dos benefícios decorrentes, anteceder as fases referidas nos incisos III e IV do caput deste artigo, desde que expressamente previsto no edital de licitação. [g.n.]**

Como dito, a inversão das fases foi inspirada na experiência do pregão, sob o argumento de que esse modelo demonstrou ser capaz de conferir maior agilidade ao procedimento e reduzir a burocracia. Isso porque, por essa sistemática, análise da habilitação ficaria restrita ao licitante provisoriamente vencedor.

No entendimento deste autor, esse expediente mostra-se bastante razoável quando pensado para o pregão. Todavia, há aspectos que demonstram que essa lógica não se aplica, necessariamente, a todas as modalidades licitatórias.

*Primeiro*, porque a inversão das fases não elimina a possibilidade de recursos. *Segundo*, porque, dependendo da complexidade do objeto licitado, sempre haverá espaço para controvérsias administrativas e até judiciais, inclusive perante os Tribunais de Contas, por meio de Representações com Pedido de Medida Cautelar – situação que, de acordo com dados sobre o número de petições protocoladas no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, por exemplo, tem demonstrado elevada frequência.

Há outro aspecto que ainda não mereceu aprofundamento, que diz respeito à participação de proponentes em âmbito nacional.

Para além da indesejável adesão a certames construídos por outros entes federativos – aspecto que acaba inviabilizando o adequado conhecimento do procedimento adotado na construção do processo licitatório – tem-se ouvido as dificuldades criadas com a inversão de fases, especialmente quando registrada a participação de licitantes de outros centros.

As propostas são apresentadas em verdadeira lógica de "mergulho", com preços extremamente reduzidos e, posteriormente, revela-se, por ocasião da análise da documentação, a incapacidade do licitante para cumprir satisfatoriamente o objeto contratado, circunstância que muitas vezes culmina em pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro ou mesmo na inviabilidade da execução contratual.

A inversão, se estabelecida como regra geral, também pode criar embaraços que, em determinadas situações, não diferem daqueles tradicionalmente enfrentados no modelo anterior

Imagine-se uma concorrência de grande vulto, em que os licitantes disponham de expressivo aparato técnico, administrativo e jurídico. Declarada vencedora a proposta de menor preço, verifica-se, durante o exame da documentação, o descumprimento de alguma exigência editalícia – situação nada incomum em licitações complexas, nas quais o rol de documentos exigidos é extenso. A inabilitação do primeiro colocado obriga a Administração a convocar o segundo, o terceiro e, eventualmente, os demais classificados. Não raras vezes, esses licitantes deixam de manter as condições

inicialmente ofertadas, frustrando o certame e impondo a realização de nova licitação, com evidente prejuízo ao interesse público e atraso na satisfação da necessidade administrativa.

Não sou contrário à inversão das fases. Entendo, porém, que seria conveniente conferir maior liberdade ao administrador para escolher o procedimento mais adequado, considerando a complexidade — ou a simplicidade — do objeto licitado. Em outras palavras, o §1º do artigo 17 poderia ser aplicado com maior flexibilidade, sem que a inversão fosse tratada, na prática, como modelo quase obrigatório.

Como está, os problemas surgirão.

É justamente por isso que o §1º do artigo 17 na Lei nº 14.133, de 2021, confere ao administrador a faculdade de, mediante decisão motivada e demonstração dos benefícios da medida, optar pela sistemática tradicional, realizando primeiro a habilitação e, somente depois, o julgamento das propostas.

É evidente que a matéria continuará a suscitar controvérsias e ainda passará por inúmeros episódios na doutrina, na jurisprudência e na prática administrativa. Entretanto, já se percebe que a inversão das fases, embora represente importante avanço em muitos casos, nem sempre produz os resultados esperados, especialmente nos Municípios de pequeno porte – e, ao final, não apenas neles.

***Disclaimer:*** As opiniões expostas neste artigo são de caráter estritamente pessoal e têm por finalidade fomentar o debate acadêmico e doutrinário sobre o tema. Seu conteúdo não representa, reflete ou vincula o entendimento institucional do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.