

Fase Interna e Fase Externa da Licitação

Antônio Carlos Cintra do Amaral

A licitação, como etapa do processo mais amplo de contratação, é um procedimento administrativo que se inicia com a **abertura**. A abertura de uma licitação dá-se, no caso de concorrência e tomada de preços, com a publicação na imprensa oficial do respectivo aviso, contendo o resumo do edital. No caso de convite, com a expedição (e recebimento) das cartas-convite.

Grande parte da doutrina distingue, na licitação, duas fases: uma, **interna**, em que se praticam os atos preparatórios para sua abertura, e a outra, **externa**, que se inicia com a publicação do aviso ou a expedição das cartas-convite.

O legislador brasileiro incorreu nesse equívoco quando, no art. 38 da Lei 8.666/93, dispôs que: “*O procedimento da licitação será iniciado com a abertura do processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado ...*”, ao qual serão juntados oportunamente o edital ou o convite (leia-se: carta-convite) e os comprovantes das publicações do edital resumido ou da entrega do convite (leia-se: carta-convite).

O ato administrativo é produzido por uma declaração de um agente público e opera efeitos no mundo jurídico. Ele pode ter por pressuposto uma ou mais declarações. Quando tem mais de uma declaração por pressuposto e, ao mesmo tempo, opera efeitos externos, deparamo-nos com um **procedimento administrativo**. O ato administrativo de abertura é o ato inaugural do procedimento administrativo licitatório.

Vale dizer: somente existe **licitação** quando há uma declaração de um agente público (aviso ou carta-convite, conforme o caso) que produz efeitos **externos**. Antes, existem atos **internos**, meramente preparatórios da licitação, **que não criam relações**

jurídicas com terceiros. Esses atos internos não se caracterizam como atos administrativos.

Demonstração clara do que foi dito até aqui é a constatação de que se o “*processo administrativo*”, a que se refere o art. 38 da Lei 8.666/93, é interrompido antes da publicação do aviso ou da expedição da carta-convite (por exemplo: por ter a Administração desistido da contratação), esse processo é sumariamente arquivado. Por quê? Exatamente porque não existe ainda procedimento licitatório. Iniciado o procedimento, não se pode mais simplesmente **arquivá-lo**: é necessário **extingui-lo**, seja mediante **revogação** (por interesse público), seja mediante **anulação** (por ilegalidade). Em ambas as hipóteses, assegurado o contraditório e a ampla defesa (art. 49 e § 3º).

Não existe fase **interna** da licitação. A licitação é o que se costuma chamar de fase **externa**. A licitação é sempre externa, ou seja, ela produz **efeitos externos**, perante terceiros.

Essa noção pode ter relevante interesse prático. Por exemplo: quando é editada uma lei nova, ela dispõe, em regra, que não se aplica às licitações instauradas antes de sua entrada em vigor. Coloca-se a questão: em que momento a licitação é instaurada? No momento da abertura de “*processo administrativo*”, devidamente autuado, protocolado e numerado, como diz o art. 38 da Lei 8.666/93, ou no da publicação do aviso ou da expedição das cartas-convite? Parece-me clara a resposta. Mais ainda: alguém sustentaria a tese de que se a Administração desistir da contratação após iniciado o “*processo administrativo*” a que se refere o aludido art. 38, mas antes da publicação do aviso ou da expedição das cartas-convite, deve revogar a licitação?

(Comentário CELC nº 13, de 15/04/2000, divulgado no site www.celc.com.br)

☞ É permitida a transcrição de trechos deste Comentário, desde que indicada a fonte.