

MIRELLA DE BARROS DILÁSCIO

**ANÁLISE DO CRITÉRIO DE JULGAMENTO DO TIPO MENOR PREÇO
POR LOTE**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do Título de Graduada em Direito, sob a orientação da Prof.^a Esp. Karina Cordeiro Teixeira.

SÃO JOÃO DEL-REI

2014

MIRELLA DE BARROS DILÁSCIO

**ANÁLISE DO CRITÉRIO DE JULGAMENTO DO TIPO MENOR PREÇO
POR LOTE**

Monografia apresentada ao Curso de Direito
do Instituto de Ensino Superior Presidente
Tancredo de Almeida Neves – IPTAN –
como requisito parcial à obtenção do Título
de Graduada.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof.^a Esp. Karina Cordeiro Teixeira (Orientadora)

Prof. Msc. Leonardo Henrique de Almeida e Silva

Prof. Msc. Rafael Isaac de Almeida Coelho

AGRADECIMENTOS

A toda minha família, que sempre me apoiou e incentivou nos estudos e nas horas difíceis, em especial ao meu marido pela paciência, pela força e principalmente pelo carinho. Valeu a pena toda distância e renúncias...

À minha orientadora, por seus ensinamentos e acompanhamentos que tornaram possível a conclusão desta monografia.

A todos aqueles que de alguma forma estiveram e estão próximos de mim, fazendo esta vida valer cada vez mais a pena.

RESUMO

Este trabalho se insere na seara do Direito Administrativo e tem como finalidade fazer uma análise do critério de julgamento do tipo menor preço por lote, adotado, atualmente, em diversas licitações realizadas por Órgãos Públicos brasileiros, embora não esteja previsto no ordenamento jurídico pátrio. Para tanto, retrata a evolução histórica das licitações no Brasil e sua aplicabilidade; analisa os princípios norteadores das licitações públicas, sejam os previstos na Carta Magna, ou os previstos nas doutrinas, denominados princípios correlatos e faz um breve esclarecimento das modalidades de julgamento de licitação existentes, dando ênfase à licitação de menor preço, para, em seguida, retratar os posicionamentos contrários da “Análise do critério de julgamento do tipo menor preço por lote”. Finalmente, demonstra o surgimento de novos entendimentos admitindo as possibilidades de a citada análise ser vantajosa para a Administração Pública, devendo, entretanto, sua aplicabilidade ser verificada de acordo com o caso concreto.

PALAVRAS-CHAVE: licitação, julgamento, menor preço e lote.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS ACERCA DAS LICITAÇÕES.....	9
1.1. Conceitos de licitação	9
1.2. História das licitações no Brasil.....	10
1.3. Destinatários da licitação.....	12
1.4. Fundamentos	15
1.5. Objeto	16
2. PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO.....	17
2.1. Princípios básicos	17
2.1.1. Princípio da Legalidade.....	17
2.1.2. Princípio da Impessoalidade	18
2.1.3. Princípio da Igualdade	18
2.1.4. Princípio da Publicidade.....	21
2.1.5. Princípio da Moralidade e da Probidade	22
2.1.6. Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório.....	23
2.1.7. Princípio do Julgamento Objetivo.....	25
2.2. Princípios Correlatos	26
2.2.1. Princípio da Adjudicação Compulsória.....	26
2.2.2. Princípio da Competitividade	27
2.2.3. Princípio da Indistinação	27
2.2.4. Princípio da Inalterabilidade do Edital	28
2.2.5. Princípio do Sigilo das Propostas.....	29
2.2.6. Princípio do Formalismo Procedimental.....	29

2.2.7. Princípio da Vedação à Oferta de Vantagens	30
2.2.8. Princípio da Obrigatoriedade	30
2.2.9. Princípio da Economicidade.....	31
3. O CRITÉRIO DE JULGAMENTO DO TIPO MENOR PREÇO POR LOTE.....	33
3.1. O Julgamento das Propostas	33
3.2. O critério de julgamento do tipo “menor preço”	34
3.3. O critério de julgamento do tipo “menor preço global/por lote”	35
3.3.1 A viabilidade do critério de julgamento do tipo “menor preço por lote”	39
CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
REFERÊNCIAS.....	48

INTRODUÇÃO

A presente monografia pretende fazer uma análise do critério de julgamento do tipo menor preço por lote adotado atualmente em diversas licitações realizadas por Órgãos Públicos brasileiros.

O objetivo do trabalho reside no fato de verificar se o critério de julgamento do tipo “menor preço por lote” ofende aos princípios da economicidade, competitividade, isonomia, dentre outros, por não obter a proposta mais vantajosa, além de ofender ao princípio da legalidade, uma vez que não está previsto no ordenamento jurídico brasileiro. Outra vertente a ser abordada diz respeito à possibilidade do citado julgamento, embora não previsto legalmente, poder ser utilizado desde que se analisem as questões técnicas em conjuntos com as questões econômicas.

O tema encontra esteio no interesse da Administração Pública de evitar prejuízo para o Poder Público, e de buscar o seu fim maior, que é o atendimento ao interesse público ao selecionar a proposta mais vantajosa para a administração.

Para elaboração do trabalho monográfico e, consequente efetivação de seu intento, realizou-se intensa pesquisa bibliográfica na literatura jurídica nacional, através de tradicionais obras de Direito Administrativo, além de artigos publicados em revistas jurídicas especializadas e expostos na internet. Buscou-se ainda, principalmente, a leitura e análise jurisprudencial sobre o assunto, proferidos nas últimas décadas, tendo em vista a escassez de doutrina sobre o assunto.

Essa metodologia acima descrita facilitou a produção do trabalho monográfico, ora introduzido e que apresenta dividido em três capítulos.

Assim, o primeiro capítulo versa sobre a evolução histórica das licitações no Brasil, buscando nas leis que regem a matéria a origem da análise do critério de julgamento do tipo “menor preço por lote”, ou seja, objetivou-se, a priori, compreender os motivos que levam a Administração Pública a realizar procedimentos licitatórios para contratação de terceiros para execução de obras e serviços, fornecimentos de compras, alienações, concessões, permissões e locações.

O segundo capítulo retrata os princípios norteadores das licitações públicas. Procurou-se explicar cada um dos princípios básicos da licitação previstos na

Constituição Federal, além dos princípios correlatos, que são aqueles que, segundo algumas doutrinas, estão relacionados aos procedimentos licitatórios.

O terceiro capítulo faz um breve esclarecimento dos tipos de julgamento de licitação existentes, dando ênfase à de menor preço, para, em seguida, retratar os posicionamentos contrários da “Análise do critério de julgamento do tipo menor preço por lote”, bem como o surgimento de novos entendimentos admitindo a possibilidade de a citada análise ser vantajosa para a Administração Pública, mediante a combinação do critério de julgamento que avalia as questões técnicas em conjunto com as econômicas.

A escolha pelo presente tema se deu, inicialmente, pela constatação de que muitos Órgãos Públicos, mesmo sem previsão legal expressa, estarem utilizando o critério de julgamento do tipo menor preço por lote, bem como de uma curiosidade pessoal na análise da jurisprudência em relação ao assunto, que acabou por ratificar o surgimento de novos entendimentos sobre a viabilidade de aplicação do critério de julgamento do tipo menor preço por lote.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS ACERCA DAS LICITAÇÕES

1.1. Conceitos de licitação

Ao contrário dos particulares que dispõem de ampla liberdade quando pretendem adquirir, contratar algum serviço ou locar/vender algo, conforme acima mencionado, a Administração Pública para fazê-lo necessita adotar um procedimento preliminar preestabelecido por lei. Tal procedimento denomina-se licitação.

Não há conceito único para a definição do termo, sendo que cada doutrinador a defini de uma forma.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2011, p. 256):

Licitação é o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.

Meirelles (2003, p. 266), por sua vez, entende que “LICITAÇÃO é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse”.

Na lição de Bandeira de Mello (2010, p. 483):

Licitação – em suma síntese – 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. Etriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.

Já Di Pietro (2010, p. 350) define licitação:

[...] como procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitam às condições fixadas no instrumento convocatório, a

possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionara e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.

Por fim, para Marçal Justen Filho (2002, p.18), a licitação é:

[...] um procedimento administrativo formal, realizado sob regime de direito público, prévio a uma contratação, pelo qual a Administração seleciona com quem contratar e define as condições de direito e de fato que regularão essa relação jurídica.

Com base em todas essas definições, conclui-se que a doutrina brasileira não traz um conceito uniforme sobre licitação, mas pode-se dizer que a mesma deve ser o procedimento mais preciso, vantajoso e transparente de se adquirir bens e serviços para a administração pública, oportunizando a participação de todos os interessados em igualdade de condições, ressalvadas as disposições previstas em lei.

1.2. História das licitações no Brasil

A licitação foi introduzida no direito público brasileiro pelo Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862, que regulamentava as arrematações dos serviços a cargo do então Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas (PEREIRA JÚNIOR, 2009, p. 1).

Mais tarde, o Código de Contabilidade da União, instituído através do Decreto nº. 4.536, de 28 de janeiro de 1922, consolidou diversas outras leis que trataram, de forma singela, do assunto.

Pereira Júnior (2009, p. 1) ressalta que, quarenta anos após a primeira codificação federal, a licitação recebeu sistematização de abrangência nacional por via do Decreto-Lei nº. 200, de 25 de fevereiro de 1967 (art. 125 a 144), que estabeleceu a reforma administrativa federal e da edição da Lei nº. 5.456, de 20 de junho de 1968, que estendeu as disposições concernentes à licitação, às Administrações dos Estados e Municípios.

Na década de 70, passou a figurar na Súmula do Tribunal de Contas da União, cujo verbete 158 preconizava que as Fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público, as empresas públicas, sociedades de economia mista e as demais

entidades previstas no art. 7º da Lei nº 6.223, de 14 de julho de 1975, embora não adstritas às regras de licitação para compras, obras e serviços, previstos no Decreto-lei nº 200, deviam também prestar obediência aos ditames básicos da competição licitatória, sobretudo no que diz respeito ao tratamento isonômico dos eventuais concorrentes, como princípio universal e procedimento ético e jurídico da administração da coisa pública, sem embargo da adoção de normas mais flexíveis e compatíveis com as peculiaridades de funcionamento e objetivos de cada entidade.

Em 1986, frente às inúmeras normas alusivas à matéria, sobreveio o Decreto-lei nº. 2.300, de 21.11.86, atualizado em 1987, que instituiu, pela primeira vez, o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos, reunindo normas gerais e especiais relacionadas ao assunto.

O auge dessa evolução normativa ocorreu com a promulgação da Constituição de 1988, que dispensou à licitação, nada menos, do que três referências diretas (art. 22, XXVII, 37, XXI, e 175) e uma indireta (art. 195, §3º), conferindo-lhe o status de princípio constitucional, conforme se observa nos textos abaixo:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.

Art. 37.

[...]

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Art. 175. Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

[...]

§ 3º - A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Em 21 de junho de 1993, foi editada a Lei nº 8.666, que regulamentou o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e instituiu normas para licitações e contratos da Administração Pública. A partir de então, ressalvadas as hipóteses previstas em lei, nenhum órgão ou entidade da administração pública brasileira, pode, hoje, contratar compra, obra, serviço, alienação ou locação sem prévia licitação, sob pena de violar os princípios fundamentais da igualdade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade.

Além da Lei nº 8.666/93, que é o Estatuto geral e vigente das licitações, foi editada posteriormente, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, que passou a regular a nova modalidade de licitação denominada Pregão.

1.3. Destinatários da licitação

Diversos são os destinatários do diploma legal, segundo Carvalho Filho (2010, p. 259). Em primeiro plano, sujeitam-se a suas normas as pessoas integrantes da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), que formam a administração direta.

Já os Estados, Distrito Federal e Municípios que tinham suas próprias leis, receberam o ônus de adaptá-las aos princípios gerais da lei federal, com vistas à uniformidade do quadro normativo fundamental.

A Disciplina abrange todos os órgãos administrativos dos poderes Legislativo, Judiciário, dos Tribunais de Contas e do Ministério Público, de todas as aludidas pessoas federativas, conforme dispõe expressamente o art. 117 do Estatuto. Os Ministérios Públicos federal e estaduais, embora não integrem formal, orgânica e materialmente os poderes clássicos da República, também se subordinam às

normas do Estatuto, visto que nessas instituições a estrutura funcional é composta por vários órgãos administrativos, da mesma natureza, portanto, da que é atribuída aos órgãos dos referidos Poderes.

Quanto à administração indireta e paraestatal, Di Pietro (2010, p. 387) ressalta que a questão é controvertida: enquanto o art. 37, caput, da Constituição Federal, inciso XXI, estabelece que a obrigatoriedade da licitação, terá que alcançar as pessoas descentralizadas - as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas, o art. 119 da Lei 8.666/93 prevê que as citadas entidades editarão regulamentos próprios, devidamente publicados e aprovados pela autoridade de nível superior a que forem vinculados, sujeitos, no entanto, à lei.

Entretanto, de acordo entendimento de Azambuja (2013), com a nova redação dada ao art. 22, inciso XXVII, e ao art. 173, §1º, III, da CF pela EC 19/98, abriu-se a possibilidade de estabelecer procedimentos diferenciados para a administração direta, autárquica e fundacional e outro para as empresas públicas e sociedades de economia mista. Todavia, a doutrina majoritária entende que a regra desse último dispositivo não é autoaplicável, dependendo de lei regulamentar. Como essa lei não foi editada até hoje, as empresas públicas e as sociedades de economia mista devem seguir a Lei 8.666/93.

Por isso, na condição de sociedade de economia mista, a Petrobrás, por exemplo, deveria se submeter às regras da Lei 8.666/93. Todavia, em virtude do disposto no art. 67 da Lei 9.478/97, foi editado o Decreto Presidencial n.º 2.745/98, através do qual foi aprovado o “Regulamento Licitatório Simplificado da Petrobrás”, conferindo a ela a possibilidade de promover licitações simplificadas.

Em que pese o Tribunal de Contas da União considerar inconstitucional esse Decreto (por exemplo, Acórdãos TCU n.º 1312/2007, 920/2007 e Nº 2385/2006), o Supremo Tribunal Federal tem referendado a adoção do procedimento licitatório simplificado. A Ministra Ellen Gracie, ao apreciar o pedido liminar no MS n.º 26.808, suspendeu a execução de decisões do TCU que declaravam inconstitucional a aplicação do procedimento previsto no Decreto e determinavam a adoção da Lei 8.666/93.

A corrente que defende a constitucionalidade do Decreto sustenta que o procedimento simplificado visa atender a dinâmica do mercado de petróleo, um

ambiente de livre competição com outras empresas e regido em função das condições do mercado; por isso, entende que o sistema de licitação da Lei 8.666/93 é incompatível com o contexto em que a empresa se insere, bem como com o princípio constitucional da eficiência. A propósito, na decisão liminar, a Ministra citou precedentes da Corte no sentido de que não cabe ao TCU declarar a inconstitucionalidade do Decreto 2.745/98, assim como não pode a Corte de Contas exigir o cumprimento da Lei n.º 8.666/93, sob pena de afronta ao princípio da legalidade e do regime de exploração econômica do petróleo, previsto no art. 177 da Constituição Federal.

Embora seja o entendimento da Corte Suprema, a aplicabilidade do Decreto enfrenta severas críticas da doutrina, como a de Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p.178):

Sabendo-se, como se sabe, que a legislação de licitação é instrumento prestante para coibir favoritismos e corrupção nas licitações, em benefício de uma escolha respeitosa da isonomia e preordenada a obter o melhor negócio para o contratante governamental, entregar a disciplina delas ao próprio Poder Executivo ou às entidades que as vão realizar, como previsto tanto na lei da ANATEL, quanto na da ANP, é praticamente escancarar as portas para que sejam reguladas em termos propiciatórios de tudo aquilo a que se quer obstar e é, em suma, contravir a própria razão do art. 37, XXI, da Constituição Federal, o qual, desenganadamente, pressupõe lei, e não atos administrativos regentes de licitação. Tais disposições são, pois, manifestamente inconstitucionais.

Já as Organizações Sociais (OSs) e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs) têm tratamento semelhante quanto à obrigatoriedade de licitar. Nos Acórdãos 353/2005 e 1777/2005, ambos do Plenário, o Tribunal de Contas da União definiu que essas entidades, mantidas com recursos públicos, estão obrigadas a licitar quando ajustam contratos de execução com terceiros.

No âmbito federal, o Decreto n.º 5.504/2005 determina que os instrumentos de convênios que envolvam repasse de recursos da União contenham cláusula a fim de que as obras, compras, serviços e alienações com essas verbas sejam contratados mediante processo de licitação. O mesmo Decreto dispõe que para aquisição de bens e serviços comuns, será obrigatória a utilização da modalidade do Pregão, preferencialmente na forma eletrônica, nos termos da Lei n.º 10.520/2002 e

do Decreto n.º 5450/2005. Esse último Decreto, por sua vez, prevê que se submetem às suas regras as entidades qualificadas como Organizações Sociais, na forma da Lei n.º 9.637, de 15 de maio de 1998, e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, na forma da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, relativamente aos recursos por elas administrados oriundos de repasses da União, em face dos respectivos contratos de gestão ou termos de parceria.

Logo, há obrigatoriedade das Organizações Sociais e das OSCIPs, que recebem recursos federais, realizarem licitação em virtude da cláusula contida no convênio, termo de parceria ou outro instrumento firmado, e não em razão da aplicação imediata da Lei 8.666/93 ou do Decreto n.º 5.504/2005.

Vale dizer que o mesmo se aplica aos Consórcios Públicos, às fundações de apoio e a outras entidades do terceiro setor, quando as aquisições, compras, serviços ou alienações envolverem recursos ou bens repassados voluntariamente pela União.

1.4. Fundamentos

Para Carvalho Filho (2010, p. 262), quando foi concebido o procedimento licitatório, o legislador se inspirou em dois fundamentos básicos: a moralidade administrativa e a igualdade de oportunidade.

No que tange à moralidade administrativa, compreendeu que ela deve guiar toda a conduta dos administradores. A este incumbe agir com lealdade e boa-fé no trato com os particulares, procedendo com sinceridade e descartando qualquer conduta astuciosa ou eivada de malícia.

O outro fundamento da licitação foi a necessidade de proporcionar igualdade de oportunidades a todos quantos se interessam em contratar com a Administração Pública, fornecendo seus serviços e bens (o que é mais comum), ou aqueles que desejam apresentar projetos de natureza técnica, científica ou artística, aumentando, dessa forma, a competitividade entre os licitantes e buscando a proposta mais vantajosa para a administração.

1.5. Objeto

O objeto do procedimento licitatório, segundo Carvalho Filho (2010, p.262), apresenta duas facetas, quais sejam: o objeto imediato e o mediato.

O objeto imediato aquele que diz respeito à seleção de determinada proposta que melhor atenda aos interesses da Administração.

Já o mediato, aquele que consiste na obtenção de certa obra, serviço, compra, alienação, locação ou prestação de serviço público, a ser produzido através de particular por intermédio de contratação formal.

Para atingir tais objetos, a administração, ao realizar um procedimento licitatório, deverá se atentar para os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, além daqueles que são correlatos ao certame, cujos conceitos serão amplamente discutidos no próximo capítulo.

2. PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO

2.1. Princípios básicos

A licitação é norteada por princípios, sendo que, como mencionado no primeiro capítulo, alguns são expressos na própria Lei e são utilizados para basilar o procedimento licitatório.

Desta forma, são considerados básicos os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

2.1.1. Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade é talvez o mais importante instrumento constitucional de proteção individual no Estado Democrático de Direito, pois diz respeito à obediência às leis. Por meio dele, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei, sendo vedada a vontade subjetiva do administrador.

O entendimento de José dos Santos Carvalho Filho acerca da observância do princípio da legalidade é no sentido de que:

O princípio da legalidade é talvez o princípio basilar de toda a atividade administrativa. Significa que o administrador não pode fazer prevalecer sua vontade pessoal; sua atuação tem que se cingir ao que a lei impõe. Essa limitação do administrador é que, em última instância, garante os indivíduos contra abusos de conduta e desvios objetivos. (CARVALHO FILHO, 2011. p. 264).

Di Pietro (2010, p. 358) recorre ao disposto no art. 4º da lei de licitações para definir tal princípio:

Todos quantos participarem de licitações promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta Lei.

Já o professor Hely Lopes Meirelles (2003, p.266) enfatiza, em relação ao princípio da legalidade para a Administração, que “[...] enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei permite”.

2.1.2. Princípio da Impessoalidade

O princípio da impessoalidade determina que a Administração deva sempre pautar seus atos em critérios objetivos, sendo seus julgamentos imparciais e neutros, independente do licitante.

No entendimento de Justen Filho (2010, p. 75),

A impessoalidade é a emanção da isonomia, da vinculação à lei e ao ato convocatório e da moralidade. Indica vedação a distinções fundadas em caracteres pessoais dos interessados. Ao menos, os caracteres pessoais devem refletir diferenças efetivas e concretas (que sejam relevantes para os fins da licitação). Exclui o subjetivismo do agente administrativo. a decisão será impessoal quando derivar racionalmente de fatores alheios à vontade psicológica do julgador. A impessoalidade conduz a decisão a independe da identidade do julgador.

Já Di Pietro (2010, p. 67), a respeito desse princípio, registra que:

Exigir impessoalidade da Administração tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administrados como à própria Administração. Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear seu comportamento.

Pode-se afirmar que o princípio da impessoalidade evita que o administrador público contrate pessoas/empresas apenas de seu relacionamento.

2.1.3. Princípio da Igualdade

Esse princípio, expresso no art. 37, XXI, da Constituição Federal, veda o estabelecimento de condições que impliquem preferência de determinados licitantes em detrimento dos demais, *in verbis*:

Art. 37

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Tal dispositivo impede que sejam estabelecidas condições que se traduzam em preferência de uns licitantes em desvantagem de outros.

No § 1º, I, do art. 3º da Lei n. 8.666/93, encontra-se de forma implícita outro princípio da licitação, que é o da competitividade, decorrente do princípio da isonomia. De acordo com esse preceito é vedado aos agentes públicos:

Art. 3º [...]

§ 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.

Isso torna juridicamente inviável, por exemplo, uma lei municipal que institua a preferência por empresas ou produtos locais em detrimento de concorrentes de outros Estados-membros nas licitações promovidas pela administração pública local.

Outro ponto importante na aplicação do princípio da igualdade às licitações envolve a disputa entre licitantes brasileiros e estrangeiros.

A Lei Federal n.º 8.666/1993 prescreve em seu art. 3º, § 1º, II, que é vedado aos agentes públicos 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 pagamento, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o § 2º do mesmo dispositivo legal e o art. 3º da Lei Federal n.º 8.248, de 23.10.1991.

Entretanto, o § 2º do artigo 3º, confere, em caso de empate, preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

Art. 3º [...]

§ 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

I – produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional;

II – produzidos no País;

III – produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

O inciso I não tem mais aplicação, porque o conceito de empresa brasileira de capital nacional desapareceu com a revogação do artigo 171 da Constituição, pela Emenda Constitucional n. 6, de 15/8/95.

Vale ainda destacar que a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, criou mais um critério de desempate em favor da microempresa e da empresa de pequeno porte, considerando como empate, para esse fim, “aquelas situações em que as propostas apresentadas pela microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superior à proposta mais bem classificadas”, sendo que, nos casos de Pregão, esse índice é de 5% (cinco por cento).

Outra exceção refere-se às aquisições de bens e serviços de informática e automação, para preferência aos produzidos por empresas de capital nacional, observada a seguinte ordem: I – bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País; II – bens e serviços produzidos de acordo com o processo produtivo básico, na forma a ser definida pelo Poder Executivo.

Essas duas exceções, ensina Di Pietro (2010, p. 357), não conflitam com o princípio da isonomia, uma vez que o artigo 5º da Constituição somente assegura igualdade entre brasileiros e estrangeiros em matéria de direitos fundamentais.

Di Pietro (2010, p. 357) destaca ainda que:

A preocupação com a isonomia e a competitividade ainda se revelam em outros dispositivos da Lei n. 8.666/93; no artigo 30, §5º, é vedada, para fins de habilitação, a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas na lei, que inibam a participação na licitação; no artigo 42, referente às concorrências de âmbito internacional, em que se procura estabelecer igualdade entre brasileiros e estrangeiros: pelo § 1º, “quando for permitido ao licitante estrangeiro cotar preço em moeda

estrangeira, igualmente o poderá fazer o licitante brasileiro"; pelo § 3º do art.42, "as garantias de pagamento ao licitante brasileiro serão equivalentes àquelas oferecidas ao licitante estrangeiro"; pelo § 4º, "para fins de julgamento da licitação, as propostas apresentadas por licitantes estrangeiros serão acrescidas dos gravames consequentes dos mesmos tributos que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros quanto à operação final de venda"; e, pelo § 6º, "as cotações de todos os licitantes serão para entrega no mesmo local de destino"; o artigo 90 define como crime o ato de frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.

No essencial, o princípio da igualdade significa que, além de permitir a participação de todos os interessados, os licitantes devem receber do administrador público o mesmo tratamento, sem diferenciação por privilégios ou perseguições.

2.1.4. Princípio da Publicidade

De acordo com esse princípio, a licitação deve ser amplamente divulgada, de modo a mostrar a toda a sociedade, aos administrados, os atos praticados pelos administradores públicos, de modo a permitir que aqueles possam fiscalizá-los e controlá-los, caso seja necessário, mediante os remédios constitucionais do mandado de segurança, da ação popular, do "*habeas data*", dentre outros.

Nesse compasso, Meirelles (2003, p. 86) entende que:

O princípio da publicidade dos atos e contratos administrativos, além de assegurar seus efeitos externos, visa a propiciar seu conhecimento e controle pelos interessados diretos e pelo povo em geral, através dos meios constitucionais – mandado de segurança (art.5º, LXIX), direito de petição (art.5º, XXXIV, "a"), ação popular (art.5º, LXXIII), habeas data (art.5º, LXXII), suspensão dos direitos políticos por improbidade administrativa (art.37, §4º).

Na área das licitações, Justen Filho (2010, p. 76) conclui no mesmo sentido ao afirmar:

A publicidade desempenha duas funções. Primeiramente, objetiva permitir o amplo acesso dos interessados ao certame. Refere-se, nesse aspecto, à universidade da participação no processo licitatório. Depois, a publicidade orienta-se a facultar a verificação da regularidade dos atos praticados. Parte-se do pressuposto de que as

peessoas tanto mais se preocuparão em seguir a lei e a moral quanto maior for a possibilidade de fiscalização de sua conduta. Sendo mais ilimitadas as condições de fiscalização, haverá maior garantia de que os atos serão corretos. Perante a CF/88, a garantia foi ampliada (art.5º, inciso XXXIII).

A ausência de publicidade somente é admitida quando outros interesses públicos possam ser concretamente ofendidos. Existem contratações que envolvem questões sigilosas. Bem de ver que o sigilo não pode ser imposto de modo arbitrário, mas deve ser cumpridamente justificado. Em tais casos, o princípio da publicidade poderá ser afastado.

Do exposto, pode-se concluir que os atos da licitação serão, obrigatoriamente, públicos, sendo que qualquer pessoa, participante ou não do certame, tem direito aos autos do processo licitatório. No entanto, alguns atos necessitam de segredo, como por exemplo, as propostas dadas pelos participantes, que ficarão em sigilo – princípio do sigilo das propostas – até que se proceda à abertura de seus envelopes.

É importante salientar que, com a edição da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que regula o acesso a informações - LAI, o princípio da publicidade ganhou forças. Isso porque tanto os órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Judiciário, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, e o Ministério Público, quanto as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios passaram a ser obrigadas a dar publicidade a toda parcela dos recursos públicos recebidos e à sua destinação, sem prejuízo das prestações de contas a que estejam legalmente obrigadas.

2.1.5. Princípio da Moralidade e da Probidade

O princípio da moralidade exige que o administrador atenha-se pela honestidade em suas escolhas, elaborando todos os procedimentos da licitação, sob a égide da ética e dos bons costumes, haja vista que o direito condena as condutas que estão na contramão dos valores éticos, jurídicos e morais.

Assim, o princípio em referência veda o recebimento de vantagens pessoais por parte do administrador e, por outro lado, acarreta impossibilidade de postura moralmente incorreta de um participante em relação aos outros.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Melo, em seus apontamentos acerca da moralidade administrativa como um dos princípios das licitações, destaca que:

O procedimento licitatório terá de se desenrolar na conformidade de padrões éticos prezáveis, o que impõe, para Administração e licitantes, um comportamento escorreito, liso, honesto, de parte a parte.

A exemplo da moralidade, a probidade também tem a ver com a honestidade, a boa-fé, a lisura e lealdade por parte dos administradores.

Segundo Carvalho Filho (2011, p. 266), o princípio da probidade administrativa exige que:

O administrador atue com honestidade para com os licitantes, e sobretudo para com a própria Administração, e, evidentemente, concorra para que sua atividade esteja de fato voltada para o interesse administrativo, que é o de promover a seleção mais acertada possível.

Caso o administrador não respeite tal princípio nas licitações públicas, estará agindo com improbidade, podendo sofrer sanções tanto administrativas quanto civis e penais.

2.1.6. Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório refere-se a uma segurança para o licitante e para o interesse público, que determina à Administração que observe as regras por ela própria lançadas no instrumento que convoca e rege a licitação, ou seja, as regras traçadas para o procedimento constantes no edital devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não for respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial.

É pacífica, na doutrina e na jurisprudência, a lição que o edital faz lei entre as partes.

Di Pietro (2010, p. 360) nos ensina o seguinte sobre o tema:

Quando a Administração estabelece, no edital, ou na carta-convite, as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos; ora se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial do da igualdade entre os licitantes, pois aquele que prendeu os termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que os desrespeitou. Também estariam descumpridos os princípios da publicidade, da livre competição e do julgamento objetivo com base em critérios fixados no edital.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) tratou da questão em decisão assim ementada:

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EDITAL COMO INSTRUMENTO VINCULATÓRIO DAS PARTES. ALTERAÇÃO COM DESCUMPRIMENTO DA LEI. SEGURANÇA CONCEDIDA.

É entendimento correntio na doutrina, como na jurisprudência, que o Edital, no procedimento licitatório, constitui lei entre as partes e é instrumento de validade dos atos praticados no curso da licitação.

Ao descumprir normas editalícias, a Administração frustra a própria razão de ser da licitação e viola os princípios que direcionam a atividade administrativa, tais como: o da legalidade, da moralidade e da isonomia.

A administração, segundo os ditames da lei, pode, no curso do procedimento, alterar as condições inseridas no instrumento convocatório, desde que, se houver reflexos nas propostas já formuladas, renove a publicação (do Edital) com igual prazo daquele inicialmente estabelecido, desservindo, para tal fim, meros avisos internos informadores da modificação.

Se o Edital dispensou às empresas recém-criadas da apresentação do balanço de abertura, defeso era à Administração valer-se de meras irregularidades desse documento para inabilitar a proponente (impetrante que, antes, preenchia os requisitos da lei).

Em face da lei brasileira, a elaboração e assinatura do balanço é atribuição de contador habilitado, dispensada a assinatura do Diretor da empresa respectiva.

Segurança concedida. Decisão unânime.

(STJ, MS nº 5.597/DF, 1ª S., Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU 01.06.1998)

Por todo o exposto, conclui-se que a Administração Pública, no curso do processo de licitação, não pode se afastar das regras por ela mesma estabelecidas

no instrumento convocatório, pois, para garantir segurança e estabilidade às relações jurídicas decorrentes do certame licitatório, bem como para se assegurar o tratamento isonômico entre os licitantes, é necessário observar estritamente as disposições constantes do edital ou instrumento congênere.

2.1.7. Princípio do Julgamento Objetivo

O princípio do julgamento objetivo é uma consequência do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, uma vez que o administrador deve observar critérios objetivos definidos no ato convocatório para o julgamento das propostas, ou seja, de acordo com esse princípio é afastada a possibilidade de o julgador utilizar-se de fatores subjetivos ou de critérios não previstos no ato convocatório, mesmo que em benefício da própria Administração.

Di Pietro (2010, p. 361), explicando este princípio, afirma que:

Quanto ao julgamento objetivo, que é decorrência também do princípio da legalidade, está assente seu significado: o julgamento das propostas há de ser feito de acordo com os critérios fixados no edital.

O legislador proíbe a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que restrinja a igualdade entre os licitantes (Art. 44, § 1 da Lei nº. 8666/93). Isso quer dizer que estes, ao elaborarem suas propostas, devem saber, claramente, quais serão os critérios de julgamento e de desempate, não podendo estar sujeitos a “surpresas” reveladas no momento do julgamento.

Nesse exato pensar, confirma Bandeira de Mello (2010, p.536) que:

O princípio do julgamento objetivo almeja, como é evidente, impedir que a licitação seja decidida sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora. Cumpre reconhecer, entretanto, que objetividade *absoluta* só se pode garantir previamente nos certames decididos unicamente pelo preço. Quando entram em causa qualidade, técnica, rendimento – muitas vezes *indispensáveis para a aferição das propostas* -, nem sempre será possível atingir-se o ideal da objetividade extrema, pois, quando os bens ou serviços são fortemente aparentados nestes atributos, a primazia de um ou de outro depende de apreciações irredutíveis a um plano excludente de opiniões pessoais.

No momento da análise e julgamento das propostas, a comissão julgadora deve observar critérios objetivos definidos previamente no ato convocatório, de forma a garantir um tratamento igualitário entre os concorrentes. Não se admite, em hipótese alguma, um julgamento subjetivo ou baseado em posições pessoais dos julgadores.

2.2. Princípios Correlatos

Os procedimentos licitatórios, além de observarem os princípios básicos, devem se ater a outros princípios, denominados de correlatos, conforme preconiza o art. 3º da Lei 8.666/96:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e **DOS QUE LHES SÃO CORRELATOS.** (Grifos nossos).

Isso significa que, ao fazer o julgamento das propostas em seus procedimentos licitatórios, a Administração Pública deverá considerar tanto os princípios básicos expressos no Estatuto, quanto os correlatos relacionados em diversas doutrinas.

2.2.1. Princípio da Adjudicação Compulsória

De acordo com esse princípio, a Administração não pode atribuir o objeto da licitação a outrem que não o vencedor, salvo se este desistir expressamente da licitação, ou não firmar o contrato no prazo estabelecido, sem justo motivo.

Meirelles (2003, p. 266) entende que:

A adjudicação ao vencedor é obrigatória, salvo se este desistir expressamente do contrato ou não o firmar no prazo fixado, a menos

que comprove justo motivo. A compulsoriedade veda também que se abra nova Licitação enquanto válida a adjudicação anterior. Advirta-se, porém, que o direito do vencedor limita-se à adjudicação, ou seja, a atribuição à ele do objeto da Licitação, e não ao contrato imediato.

Vale ressaltar que o direito do vencedor restringe-se à adjudicação e não à contratação, pois mesmo após a adjudicação a Administração ainda poderá revogar ou anular a licitação, ou ainda, adiar a contratação em nome do interesse público.

2.2.2. Princípio da Competitividade

Este princípio decorre do princípio da igualdade e equivale a dar a todos os interessados indistintamente a oportunidade de participar do certame, ou seja, a administração não pode criar regras que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação.

O princípio da competitividade vem disciplinado no art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8666/93:

Art. 3º [...]

§ 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.

Por sua vez, o art. 41 da referida Lei determina que “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.

A competitividade é essencial para o sucesso do procedimento licitatório, pois inexiste licitação sem disputa, sem oposição, sem conflito de propostas e ofertas ao ente público contratante.

2.2.3. Princípio da Indistinação

O princípio da indistinação é decorrente do princípio da igualdade, pois evita qualquer privilégio ou distinção referentes à naturalidade, à sede ou ao domicílio dos licitantes, bem como o tratamento diferenciado de natureza comercial, legal,

trabalhista entre empresas brasileiras e estrangeiras, de maneira a assegurar condições justas de competição.

Com base nesse princípio, alguns autores advogam a inconstitucionalidade do art. 3º, § 2º, que estabeleceu preferências para licitantes brasileiros em caso de empate na apresentação das propostas, conforme explicitado no item 2.1.3.

2.2.4. Princípio da Inalterabilidade do Edital

Segundo Carvalho Filho (2011, p. 268), esse princípio é correlato aos princípios da publicidade e ao da vinculação ao instrumento convocatório, sendo que “vincula a Administração às regras que foram por ela própria divulgadas”. Ou seja, segundo o autor, a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada, conforme preconiza o art. 41 da Lei 8.666/93.

A Administração está estritamente vinculada ao instrumento convocatório, não podendo alterar o seu teor. Nesse sentido, elucida Gasparini (1995, p. 485) que:

[...] estabelecidas às regras de certa licitação, tornam-se elas inalteráveis durante todo o seu procedimento. Nada justifica qualquer alteração de momento ou pontual para atender esta ou aquela situação. Se, em razão do interesse público, alguma alteração for necessária, essa poderá ser promovida através de rerratificação do ato convocatório, reabrindo-se, por inteiro, o prazo de entrega dos envelopes 1 e 2 contendo, respectivamente, os documentos de habilitação e proposta. Assim retifica-se o que se quer corrigir e ratifica-se o que se quer manter. Se apenas essa modificação for insuficiente para corrigir os vícios de legalidade, mérito ou mesmo de redação, deve-se invalidá-lo e abrir novo procedimento.

Entretanto, há divergências doutrinárias a respeito desse princípio, uma vez que a própria Lei nº 8.666/93, em seu art. 21, § 4º, admite alterações no Edital:

Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez.

[...]

§ 4º - Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente

estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.

Observa-se que, embora de acordo com esse princípio haja uma vinculação ao edital, que deve ser seguido tanto pelos licitantes, como pela a própria administração, há doutrinadores que entendem ser impertinente o termo “inalterabilidade”, uma vez que a lei expressamente declara possibilidades de se alterar o edital.

2.2.5. Princípio do Sigilo das Propostas

O princípio do sigilo das propostas é correlato ao princípio da probidade administrativa.

A Lei nº 8.666/93, em seu art. 43, § 1º, reza que:

Art. 43º [...]

§ 1º A abertura dos envelopes contendo a documentação para habilitação e as propostas será realizada sempre em ato público previamente designado, do qual se lavrará ata circunstanciada, assinada pelos licitantes presentes e pela Comissão."

Em virtude de tal dispositivo, as propostas devem vir lacradas e só abertas em sessão pública previamente marcada.

Esse princípio objetiva a competitividade entre os concorrentes, bem como a manutenção da probidade durante o processo licitatório. Sua inobservância pode gerar infração também aos princípios da igualdade e legalidade.

2.2.6. Princípio do Formalismo Procedimental

Nas lições de Carvalho Filho (2011. p.269), o “princípio do formalismo procedimental passa a noção de que as regras procedimentais adotadas para a licitação devem seguir parâmetros estabelecidos na lei, não sendo lícito aos administradores subvertê-los a seu juízo”.

A rigidez do procedimento de licitação funciona como mecanismo de igualdade de tratamento entre os licitantes.

Entretanto, não se pode admitir que sejam feitas exigências inúteis ou desnecessárias à licitação, que se anule procedimento ou fase de julgamento,

inabilite licitantes ou desclassifique propostas, quando diante de simples omissões ou irregularidades na documentação ou proposta que, por sua irrelevância, não causem prejuízo à Administração ou aos licitantes.

2.2.7. Princípio da Vedação à Oferta de Vantagens

A oferta de vantagens é prática condenada no ordenamento jurídico brasileiro e pode até constituir crime, conforme tipificação trazida no art. 92 da Lei nº 8.666/93:

Art. 92 - Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos convocatórios, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei.

Segundo Carvalho Filho (2011, p. 269):

As regras de seleção devem ser adstritas aos critérios fixados no edital, não se podendo admitir que, além disso, intervenham fatores outros, como o de algum licitante ofertar vantagem própria ou baseada na oferta de outro licitante.

Trata-se de conduta negativa, que deve ser extirpada de cultura brasileira, não obstante as dificuldades encontradas de apuração.

2.2.8. Princípio da Obrigatoriedade

O princípio da obrigatoriedade encontra-se previsto no inciso XXI, do art. 37 da CF e preconiza que todas as compras, obras, serviços, alienações e locações devem ser precedidas do respectivo procedimento licitatório, ressalvados os casos previstos em lei.

Com esse procedimento, busca-se assegurar a igualdade de condições a todos os concorrentes e a seleção da proposta mais vantajosa.

2.2.9. Princípio da Economicidade

Embora não citado nominalmente na Lei nº 8.666/93, a doutrina mais atualizada vem atribuindo status constitucional ao princípio da economicidade, visto ser ele um dos pilares da licitação pública.

De acordo com esse princípio, os recursos públicos deverão ser administrados segundo regras éticas, com integral respeito à probidade, buscando sempre a seleção da proposta mais vantajosa para a administração.

Vale ressaltar que, de acordo com o princípio da economicidade, a vantajosidade de uma proposta não está somente condicionada à vantagem econômica oferecida, mas também a outros fatores ligados à eficiência, à segurança jurídica do empreendimento, à qualidade técnica e a outros fatores que dão à administração um maior proveito econômico do contrato, ainda que a proposta selecionada não seja a de menor valor.

Ao tratar do mesmo tema, Justen Filho (2010, p. 67) leciona que o princípio da economicidade está modelado por três fatores, que produzem uma espécie de delimitação de sua incidência, quais sejam:

O primeiro relaciona-se com a previsibilidade. [...] Avalia-se a economicidade no momento da prática do ato, tendo em vista as circunstâncias e segundo os padrões normais de conduta. [...]

O segundo ponto delimitador do princípio da economicidade reside na relevância de outros valores, de conteúdo não econômico, que possam estar em jogo. O critério de seleção da melhor alternativa não é sempre a maior vantagem econômica. Deve-se examinar se a busca pela maior vantagem não colocará em risco outros valores, de hierarquia superior. [...]

O terceiro tópico característico se relaciona com as formalidades jurídicas. O Estado não está autorizado a escolher certa solução fundando-se exclusivamente no argumento da economicidade. Como regra, a máxima vantagem econômica é insuficiente para validar um ato administrativo infringente das regras acerca da formalidades. O exemplo mais evidente é o da contratação direta, sem prévia licitação: ainda que vantajosa, não pode ser adotada senão nas hipóteses autorizadas pela Lei.

Diante do exposto, conclui-se que a Administração Pública deve observar detalhadamente cada um dos princípios citados, pois eles foram criados para que os processos licitatórios sejam revestidos de maior transparência e lisuras possíveis.

Vale ainda ressaltar que o ente público deverá verificar os critérios objetivos pré-estabelecidos no Edital, bem como os tipos de licitação, conforme será demonstrado no próximo capítulo.

3. O CRITÉRIO DE JULGAMENTO DO TIPO MENOR PREÇO POR LOTE

3.1. O Julgamento das Propostas

A Administração Pública deverá sempre fazer o julgamentos das propostas baseada em critérios objetivos pré-estabelecidos no Edital e de acordo com os tipos de licitação, conforme estabelecido no art. 45 da Lei nº 8.666/96:

Art. 45 O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

São apontados no Estatuto os seguintes tipos de licitação: a de “menor preço”, a “melhor técnica”, a de “técnica e preço” e a de “maior lance ou oferta”.

O presente trabalho, ater-se-á ao tipo menor preço, que, segundo Carvalho Filho (2011, p. 315), “ocorre quando o instrumento convocatório determina que a proposta mais vantajosa será aquela que se apresentar de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço”.

As licitações do tipo “menor preço” são as mais simples, sendo que por meio delas o fator preponderante para a escolha da proposta mais vantajosa será o menor preço, desde que atendidas às exigências editalícias. No caso de apresentação de preços iguais, o desempate é feito, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual o licitantes são convidados, sendo vedado qualquer outro processo, conforme preconiza o inciso § 2º do Art. 45 da Lei 8.666/93.

Entretanto, não significa que a Administração Pública deva abrir mão de critérios técnicos para instituir a licitação do tipo “menor preço” e, conseqüentemente, adquirir produtos de má qualidade. Faz-se necessário que o ato convocatório contenha critérios objetivos para o julgamento das propostas, que contemple requisitos mínimos de aceitabilidade do objeto, definidos por meio de especificações usuais no mercado, e sem descrição excessiva, irrelevante e desnecessária, de forma a garantir que o bem, serviço ou obra a ser contratada

atenda às necessidades da Administração.

Outro aspecto que merece ser verificado nas licitações do tipo "menor preço" é se o julgamento dar-se-á pelo menor preço (unitário/por item) ou pelo menor preço "global/por lote".

3.2. O critério de julgamento do tipo “menor preço”

O critério de julgamento do tipo “menor preço” nos procedimentos licitatórios nada mais é do que se adjudicar o objeto do certame ao licitante que apresentou a melhor oferta.

O art. 23, §1º, da Lei nº 8.666/93 impõe que, nos casos em que seja possível, a adjudicação se opere sempre por item. Vejamos:

Art.23. [...]

§1º As obras, serviços e compras efetuadas pela administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala.

No mesmo sentido, o artigo 15, inciso IV, da Lei nº 8.666/93 estabelece que “As compras, sempre que possível, deverão: [...] ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando a economicidade”.

Destarte, torna-se indispensável esclarecer o que significa a expressão "bens de natureza divisível". São aqueles que podem ser adquiridos separadamente (licitação por item ou preço unitário) sem que isso afete o resultado ou a qualidade final do produto ou serviço. Em contrapartida, "bens de natureza não divisível" são aqueles que obrigam sua aquisição por lote ou por preço global, determinando aos licitantes que ofereçam proposta para a totalidade do objeto; se comprados separadamente não propiciarão ou prejudicarão o resultado esperado pela Administração.

Dos dispositivos acima citados, a regra nos procedimentos licitatórios é o julgamento pelo “menor preço unitário/por item”.

3.3. O critério de julgamento do tipo “menor preço global/por lote”

Embora a legislação vigente estabeleça que a regra de julgamento dos procedimentos licitatórios deva ser o “menor preço unitário/por item”, é cada vez mais frequente a adoção do critério de julgamento do tipo “menor preço por lote ou preço global”.

De acordo com esse critério, agrupam-se determinados itens em um único lote e aí se promove o julgamento, com base no preço total dos itens agrupados, ou do lote, deixando de lado o preço de cada item, declarando vencedor apenas e tão somente um licitante, ou seja, aquele licitante que apresentar a melhor oferta para todos os itens que compõem o lote/grupo.

Porém, há diversos entendimentos que a aplicação desse tipo de julgamento fere diversos princípios licitatórios, a exemplo da competitividade, uma vez que o licitante, ao apresentar proposta para determinado lote, deve ofertá-la para todos os itens que o compõe, podendo ser desclassificado e impedido de prosseguir no certame, caso não o faça, diminuindo desta maneira as chances de se obter a proposta mais vantajosa para a Administração.

Nesse sentido, assevera Adilson Abreu Dallari (1997, p. 116) que “[...] interessa para a administração receber o maior número de proponentes porque, quanto maior a concorrência, maior será a possibilidade de encontrar condições vantajosas”.

O TCU (Brasil, 2004) também já se manifestou no sentido de que o agrupamento de itens em lotes é prejudicial à competitividade, ao recomendar:

[...] que, em futuras licitações sob a sistemática de Registro de Preços, proceda à análise mais detida no tocante aos agrupamentos de itens em lotes, de modo a evitar a reunião em mesmo lote de produtos que poderiam ser licitados isoladamente ou compondo lote distinto, de modo a possibilitar maior competitividade no certame e obtenção de proposta mais vantajosa para a administração, fazendo constar dos autos do procedimento o estudo que demonstre a inviabilidade técnica e/ou econômica do parcelamento.

O critério de julgamento do tipo “menor preço por lote” também pode vir a frustrar a aplicação do Princípio da Economicidade, pela não obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, uma vez que esta seria obtida somente com o

critério “menor preço por item”.

Araruna Neto (2010) exemplifica bem o dano que o erário possa vir a ter:

[...] hipoteticamente, numa licitação com 100 (cem) itens, estabelecem-se lotes de, digamos, 20 (vinte) unidades, que, ao menos, devem possuir certa correlação entre si, num total de 05 (cinco) lotes, e que, num desses lotes encontram-se os itens Material “A” e Material “B”, além dos demais itens. Determinado licitante “X” cotou, nesse lote, o Material “A” a R\$ 10,00 (dez reais) e o Material “B” a R\$ 15,00 (quinze reais), totalizando, com os demais itens, ao final, seu lote, o valor de R\$ 200,00 (duzentos reais) e o licitante “Y” cotou os mesmos itens (Material “A” e Material “B”) a R\$ 8,00 (oito reais) e R\$ 17,00 (dezesete reais), respectivamente, totalizando seu lote, com os demais itens, ao final, o valor de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais); ora, no critério de julgamento utilizado, do “Menor Preço por Lote”, o licitante “X”, certa e indubitavelmente, sairia vencedor no lote, mesmo tendo cotado o item Material “A” com preço superior ao do que o licitante “Y” cotou (R\$ 10,00 e R\$ 8,00 respectivamente, cada um); e aí se pergunta: não seria mais vantajoso para a Administração adquirir o Material “A” do licitante “Y” e o Material “B” do licitante “X” (o que ocorreria, se assim tivesse estabelecido-se o critério de julgamento menor preço por item!) [...].

Salienta ainda que é estreita a relação entre economicidade, legalidade e eficiência que rege a Administração Pública, pois não basta, apenas, a melhor proposta, mas esta tem que ser atingida, também, de forma prevista legalmente e de maneira eficiente na gestão dos recursos, tendo em vista o binômio custo benefício.

Dessa forma, ao adjudicar a proposta que não é mais vantajosa para o Poder Público, a utilização do critério “menor preço por lote” também afronta ao princípio da legalidade e eficiência, impedindo a Administração da busca do seu fim maior, que tem como base o atendimento ao interesse público.

A junção de vários serviços distintos em uma só contratação, como acontece no julgamento “menor preço por lote” pode vir a inviabilizar a participação de empresas menores que porventura não tenham capacidade para atender a demanda total, mas apenas algumas parcelas, ferindo sobremaneira o princípio da igualdade e o princípio da indistinção.

Diante do exposto, verifica-se que o critério de julgamento do tipo “menor preço por lote” pode vir a ferir princípios basilares da Administração Pública. Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União estabeleceu que, nas licitações para a

contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto for divisível, a adjudicação deverá ser sempre por itens e não por preço global/lote, culminando, inclusive com a publicação da Súmula 247, que estabeleceu que:

Súmula 247 - É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.

Várias decisões foram proferidas, com base na citada Súmula, combinada com os dispositivos inerentes ao assunto existentes na Lei 8666/93, senão vejamos:

A licitação por lote, com a adjudicação pelo menor preço global, sem comprovação de eventual óbice de ordem técnica ou econômica que inviabilize o parcelamento do objeto em itens, caracteriza restrição à competitividade do certame, em vista do disposto nos art. 15, inciso IV, e 23, § 1º, da Lei 8.666/93.

Representação relativa à licitação conduzida pelo Banco do Brasil S/A, mediante pregão para ata de registro de preços, destinada à aquisição de equipamentos de ar condicionado tipo *Split*, para as dependências do banco localizadas nos estados do Amapá e Pará, apontara, dentre outras irregularidades, possível restrição à competitividade do certame. A limitação decorreria da organização da licitação em um único lote e da adjudicação pelo menor preço global, sem a comprovação da inviabilidade técnica e econômica do parcelamento do objeto em itens. Em juízo de mérito, realizadas as oitivas regimentais após concessão da cautelar pleiteada pelo representante, o relator considerou insuficientes os argumentos trazidos pelo Banco do Brasil, mormente no que respeita aos óbices à participação de fabricantes dos equipamentos licitados, decorrentes da adoção de lote único. Nesse sentido, consignou que *“a falta de parcelamento do objeto, quando este é técnica e economicamente viável, contraria a legislação em vigor (art. 15, inciso IV, e 23, § 1º, da Lei nº 8.666/1993) e a jurisprudência consolidada no Tribunal (Súmula nº 247), restringe a competitividade da licitação e prejudica a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, ao impedir que os fabricantes dos produtos possam participar diretamente da competição”*. Nesse passo, configurada a irregularidade, o Tribunal, ao acolher o juízo de mérito formulado pelo relator, julgou procedente a Representação e fixou prazo para o Banco do Brasil adotar medidas destinadas à anulação do pregão.

(Acórdão 1913/2013-Plenário, TC 004.526/2013-9, relator Ministro José Múcio Monteiro, 24.7.2013).

A adoção do critério de menor preço por grupo (e não por itens) para julgamento das propostas, em licitação visando o registro de preços para aquisição de gêneros alimentícios, afronta os comandos contidos no art. 15, IV, e no art. 23, § 1º, da Lei 8.666/1993

Representação de empresa apontou possíveis irregularidades na condução do Pregão Eletrônico nº 06/2012, pelo Comando da 9ª Região Militar, que teve por objeto o registro de preço para aquisição de gêneros alimentícios destinados a suas unidades. Entre os supostos vícios identificados no certame, destaque-se a adoção do critério de menor preço registrado por grupo (e não por itens) para julgamento das propostas. Em resposta à oitiva, o responsável argumentou que tal sistemática permitiria economia de escala e tornaria a licitação mais célere. A unidade técnica considerou que essa modelagem poderia ser admitida, em face da grande quantidade de itens (401 itens) especificados no edital, tendo em vista a possibilidade de seleção de 401 fornecedores, na hipótese de adjudicação do objeto por itens. O relator, no entanto, anotou que *“a regra básica da modelagem das licitações, como determinam o art. 15, IV, e o art. 23, § 1º, da Lei 8.666/1993 e a jurisprudência consolidada deste Tribunal, expressa na Súmula 247, é a do parcelamento da disputa por itens específicos e não por lotes, compostos de diversos produtos ou serviços adjudicados a um único fornecedor”*. O fato de a Administração não se ver, à cada compra, obrigada adquirir todos os itens do lote, demanda a adjudicação do objeto por itens e não por grupo. E mais: *“A adoção do critério de julgamento de menor preço por lote somente deve ser adotado quando for demonstrada inviabilidade de promover a adjudicação por item e evidenciadas fortes razões que demonstrem ser esse o critério que conduzirá a contratações economicamente mais vantajosas”*. Acrescentou que o fato de o *“pregão eletrônico do portal Comprasnet prever a possibilidade de ‘julgamento por preço global-lote’ não autoriza a administração pública a fazer uso desse procedimento sem comprovar sua capacidade de induzir à seleção, em cada caso concreto, da proposta mais vantajosa”*. Acrescentou que a hipótese de seleção de número exageradamente elevado de fornecedores, vislumbrada pela unidade, afigura-se como possibilidade apenas teórica. Como exemplo, lembrou que pregão eletrônico conduzido pelo Comando da 11ª Região Militar para aquisição de 622 produtos, modelado por itens, que levou à seleção de 14 fornecedores. E arrematou: *“Em registro de preços, a realização de licitação utilizando-se como critério de julgamento o menor preço global por grupo/lote leva, vis à vis a adjudicação por item, a flagrantes contratações antieconômicas e dano ao erário, potencializado pelas possibilidades de adesões, uma vez que, como reiteradamente se observa, itens são ofertados pelo vencedor do grupo a preços superiores aos propostos por outros competidores”*. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator e a despeito de haver o referido certame sido anulado pelo citado órgão, decidiu: a) *“determinar ao Comando da 9ª Região Militar que se abstenha, em licitação para registro de preços, de adotar como critério de*

adjudicação o de menor preço global por grupo/lote, concomitantemente com disputa por itens, sem que estejam demonstradas nos autos as razões pelas quais tal critério... é o que conduzirá à contratação mais vantajosa...”; b) cientificar essa unidade militar de que novo procedimento licitatório, que tenha objeto semelhante ao do Pregão Eletrônico 06/2012, deve evitar a adoção injustificada do critério de menor preço global por grupo, uma vez que tal solução contraria o disposto no art. 15, IV, e no art. 23, § 1º, da Lei 8.666/1993, “resultando em registro de preços superiores aos obtidos na disputa por itens e, conseqüentemente, em seleção de proposta menos vantajosa para a Administração para diversos itens” (Acórdão n.º 2977/2012-Plenário, TC-022.320/2012-1, rel. Min-Subst. Weder de Oliveira, 31.10.2012).

Observa-se que, nos acórdãos apresentados, os pregões foram anulados por terem adotado o critério de julgamento do tipo “menor preço por lote”, pois segundo entendimento do Tribunal de Contas da União houve, no primeiro caso, restrição à competitividade do certame, e, no segundo caso a proposta selecionada não foi a mais vantajosa para a Administração, contrariando o fim maior das licitações públicas.

3.3.1 A viabilidade do critério de julgamento do tipo “menor preço por lote”

Embora não haja previsão legal para a adoção do critério de julgamento do tipo “menor preço por lote ou preço global”, há diversas vantagens que podem advir da licitação por lote único, dentre as quais se destacam: melhores preços, uma vez que permite que os fornecedores especializados em uma linha de produtos possam oferecer maiores descontos na composição do preço de um lote; padronização dos produtos a serem entregues pelo vencedor do certame; mais celeridade e melhor qualidade dos produtos ofertados; maior eficiência técnica, haja vista que o gerenciamento recairá apenas sobre o licitante vencedor; economia de escala; maior controle no cumprimento do cronograma e na observância dos prazos, visto que o número de licitantes vencedores será igual ao número de lotes; dentre outras.

Tanto é que, ao longo dos anos, o posicionamento dos Tribunais vêm se modificando e estes já aceitam a adoção do referido critério, desde que determinados requisitos sejam cumpridos, a exemplo da viabilidade econômica, que deverá ser previamente comprovada, justificada e anexada aos autos.

Nesse sentido, manifestou-se o Tribunal de Contas da União:

A opção de se licitar por lote de itens agrupados deve estar acompanhada de justificativa, devidamente fundamentada, da vantagem dos agrupamentos adotados, em atenção aos artigos 3º, § 1º, I, 15, IV e 23, §§ 1º e 2º, todos da Lei 8.666/1993.

Representação relativa a licitação conduzida pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, mediante pregão para ata de registro de preços nacional, destinado à aquisição de utensílios de cozinhas e refeitórios escolares para escolas de educação básica e unidades do Proinfância, apontara possível restrição à competitividade do certame. A limitação decorreria da utilização injustificada de licitação por lotes, dentre outros aspectos apontados pelo representante. Em juízo de mérito, realizadas as oitivas regimentais após concessão da cautelar pleiteada pelo representante, o Relator, embora concordasse com a unidade técnica no que respeita à ausência de elementos que justificassem a adoção de uma licitação por lotes de itens, não vislumbrou que a opção adotada, a vista do desconto apurado, tivesse resultado em prejuízos à administração: *“diante dos resultados parciais da licitação apresentados pelo FNDE, não se pode concluir pela falta de competitividade ou mesmo pela possível desvantagem econômica de se ter loteado o Pregão por grupo de itens”*. Nada obstante, consignou a necessidade de se notificar o FNDE que a *“opção de se licitar itens agrupados deve estar acompanhada de justificativa, devidamente fundamentada, da vantagem da escolha, em atenção aos artigos 3º, § 1º, I, 15, IV e 23, §§ 1º e 2º, todos da Lei 8.666/1993”*. O Tribunal, ao acolher o juízo de mérito formulado pelo relator, julgou parcialmente procedente a Representação, revogando a cautelar adotada e expedindo, dentre outras, a notificação proposta. (TC 001.605/2013-5, relator Ministro Valmir Campelo, 26.6.2013).

Outro requisito que já vem sendo admitido pelos Órgãos de Controle para aceitação do critério de julgamento do tipo “menor preço por lote” é o da viabilidade técnica, desde que também esteja expressa no processo. Este é o entendimento do Tribunal de Contas da União conforme se pode ver abaixo:

A aquisição de itens diversos em lotes deve estar respaldada em critérios justificantes

Representação formulada por licitante deu conta de supostas irregularidades no Pregão Eletrônico, com registro de preços, nº 65/2011, realizado pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná (IFPR), para futuras aquisições de conjuntos laboratoriais para o campus do Instituto em Foz do Iguaçu/PR. Na etapa processual anterior, houve determinação cautelar ao IFPR de que sobrestasse o certame, ante os indícios de restrição à competitividade, tendo em consideração a agregação de diversos equipamentos e materiais em lotes, que deveriam ser fornecidos integralmente pelo licitante vencedor do respectivo lote. Promovida a audiência da pregoeira, foi informado que o objeto da licitação não

se trataria de um conjunto de peças avulsas, mas de um conjunto de materiais de laboratórios, os quais, de acordo com projetos técnicos, seriam indispensáveis à aplicação do ensino em sua forma didática. Por isso, a Administração manifestou seu interesse em optar pela forma de aquisição por lote. Ainda conforme a pregoeira, *“para que a Administração optasse pela licitação por lote, buscou embasamento em um prévio estudo sobre as necessidades pedagógicas que instruíram o Termo de Referência e o Edital em consonância com as necessidades ali apontadas.”* O relator, ao analisar os argumentos apresentados, registrou que, além do critério logístico concernente ao recebimento de mais de trezentos itens objeto da licitação, *“a divisão por lotes (...) encontraria respaldo no critério pedagógico, segundo o qual a ausência de algum determinado equipamento ou outro material necessário tornaria inviável a atividade de aprendizado almejada com o uso do laboratório”*. Ainda que tal agregação tenha juntado, em um mesmo lote, itens que não guardariam total correlação em seu processo produtivo, prosseguiu o relator em seu voto, teria trazido a vantagem de unir todos os itens imprescindíveis para a perfeita utilização laboratorial. Assim, sopesando as inegáveis vantagens operacionais e pedagógicas advindas desse agrupamento em cotejo com a competitividade necessária ao certame, entendeu não haver máculas ao procedimento examinado. Votou, então, pela revogação da cautelar anteriormente concedida, bem como pelo arquivamento do processo, no que foi acompanhado pelo Plenário. (Acórdão n.º 1167/2012-Plenário, TC 000.431/2012-5, rel. Min. José Jorge, 16.5.2012).

O Tribunal de Contas da União vem entendendo também ser legítima a adoção do critério de julgamento global/por lotes quando restar evidenciado que a licitação por itens exigirá elevado número de processos licitatórios, onerando o Poder Público:

É legítima a adoção da licitação por lotes formados com elementos de mesma característica, quando restar evidenciado que a licitação por itens isolados exigirá elevado número de processos licitatórios, onerando o trabalho da administração pública, sob o ponto de vista do emprego de recursos humanos e da dificuldade de controle, colocando em risco a economia de escala e a celeridade processual e comprometendo a seleção da proposta mais vantajosa para a administração.

Representação oferecida por Procurador da República, versando sobre suposta irregularidade em pregão presencial conduzido pelo município de Floriano/PI com recursos do FNDE no âmbito do PNAE, destinado à aquisição de gêneros alimentícios para a merenda escolar, apontara possível restrição à competitividade decorrente do parcelamento do objeto da licitação em lotes de itens. O representante alegara, a partir de relatório da CGU, *“que seria indevido agrupar itens em lotes, pois tal procedimento afrontaria o disposto nos art. 15, inciso IV, e 23, § 1º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, defendendo que a divisão por itens melhor atenderia*

ao aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado local e impediria a participação de médias e grandes empresas locais, citando, para tanto, precedentes jurisprudenciais do TCU". Em sentido oposto, e também citando precedentes do Tribunal, o município argumentara que "os dispositivos legais citados pela CGU estabelecem entendimento contrário, no sentido de que as compras, sempre que possível, devem ser divididas em tantas parcelas quanto forem necessárias ao aproveitamento das peculiaridades do mercado, em obediência ao princípio da economicidade, aduzindo que, por essa razão, a licitação foi dividida em dezesseis lotes, cujos itens foram agrupados conforme as particularidades de cada produto". Analisando o feito, anotou o relator a pertinência da representação, "haja vista não ser a matéria, como visto, pacífica no âmbito do TCU, de sorte que, de certa maneira, enseja a análise de situações concretas, para que se possa concluir se houve, ou não, afronta à competitividade do certame". No caso vertente, em que 16 lotes contemplaram 107 itens, o relator consignou que a adoção da licitação por itens isolados exigiria "elevado número de procedimentos para seleção", o que "tornaria bem mais oneroso o trabalho da administração pública, sob o ponto de vista do emprego de recursos humanos e da dificuldade de controle, de sorte que poderia colocar em risco a economia de escala e a celeridade processual, comprometendo a seleção da proposta mais vantajosa para a administração". E concluiu no sentido de considerar, diante de irregularidade formal apurada, a representação parcialmente procedente, anotando que "diante das peculiares circunstâncias do presente caso concreto (...) a licitação por itens isolados poderia trazer indesejáveis riscos à administração pública, mostrando-se adequado, pois, o agrupamento desses itens em lotes, com elementos de mesma característica". O Plenário do TCU, ao acolher a proposta da relatoria, julgou parcialmente procedente a representação. (Acórdão 5301/2013-Segunda Câmara, TC 009.965/2013-0, relator Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, 3.9.2013).

Outra possibilidade de utilização do critério de julgamento em lotes de itens diz respeito à aquisição de produtos que possuam a mesma natureza e que guardem relação entre si:

É lícito o agrupamentos em lotes de itens a serem adquiridos por meio de pregão, desde que possuam mesma natureza e que guardem relação entre si

Representação efetuada por empresa, com pedido de medida cautelar, apontou supostas irregularidades na condução do Pregão Eletrônico 01/2013, que tem por objeto a aquisição de mobiliário para as unidades da Advocacia-Geral da União no Rio de Janeiro. Entre os quesitos do edital impugnados, destaque-se o que estabeleceu o agrupamento dos itens de mobiliários (estações de trabalho, mesas diversas, gaveteiros, armários variados e estantes) em lotes. Argumentou a autora da representação que a licitação por lote, em

que os componentes sejam “*elementos díspares entre si*”, afrontaria o disposto no art. 3º, caput e § 1º, da Lei 8.666/1993, c.c. art. 5º, caput e parágrafo único, do Decreto 5.450/2005, assim como a orientação contida na Súmula 247 TCU, na medida em que impediria um maior número de empresas de participar do certame, pois muitas delas seriam capazes de ofertar apenas alguns itens e não outros. A relatora, no entanto, ao endossar o exame empreendido pela unidade técnica a respeito dessa questão, considerou pertinente a justificativa de que tal medida visou à “*padronização do design e do acabamento dos diversos móveis que comporão os ambientes da AGU*” e objetivou “*garantir um mínimo de estética e identidade visual apropriada, por lote e localidade, já que os itens fazem parte de um conjunto que deverá ser harmônico entre si*”. E de que se buscou evitar o aumento do número de fornecedores, com o intuito de “*preservar o máximo possível a rotina das unidades, que são afetadas por eventuais descompassos no fornecimento dos produtos por diferentes fornecedores*”. Acrescentou que “*lidar com um único fornecedor diminui o custo administrativo de gerenciamento de todo o processo de contratação: fornecimento, vida útil do móvel e garantias dos produtos*”. E mais: “*O aumento da eficiência administrativa do setor público passa pela otimização do gerenciamento de seus contratos de fornecimento. Essa eficiência administrativa também é de estatura constitucional e deve ser buscada pela administração pública*”. Mencionou ainda decisão do Tribunal que forneceu orientação que se ajustaria às especificidades do caso sob exame, no sentido de que “*inexiste ilegalidade na realização de pregão com previsão de adjudicação por lotes, e não por itens, desde que os lotes sejam integrados por itens de uma mesma natureza e que guardem relação entre si*” – Acórdão 5.260/2011-1ª Câmara. Acrescentou que houve efetiva competição no certame, que contou com a participação de quinze empresas. O Tribunal, então, por não identificar razões para a suspensão do certame, julgou improcedente a representação. Precedente mencionado: (Acórdão 5.260/2011-1ª Câmara. Acórdão 861/2013-Plenário, TC 006.719/2013-9, relatora Ministra Ana Arraes, 10.4.2013).

As decisões destas Jurisprudências supracitadas vêm demonstrando a conscientização dos magistrados no sentido de permitir uma interpretação mais adequada de acordo com cada caso concreto, pois as práticas jurídicas surgem e se consolidam a partir das necessidades sociais. É preciso termos sempre em mente que a sociedade é dinâmica e que está sujeita aos influxos dos costumes e tendências mais variadas, não podendo o direito ser estanque e cristalizado, devendo acompanhar o evoluir da sociedade, sob pena de perder sua função social.

Portanto, resta provado ser possível a adoção do critério de julgamento do tipo “menor preço por lote/grupo”, devendo o gestor decidir e analisar qual a alternativa mais adequada de acordo com as peculiaridades de seus processos licitatórios.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Administração Pública quando necessita adquirir, contratar algum serviço ou locar/alienar/vender algo, necessita adotar um procedimento preliminar preestabelecido em lei denominado licitação.

A licitação tem como um de seus fundamentos a necessidade de proporcionar igualdade de oportunidades a todos quantos se interessam em contratar com a Administração Pública, aumentando, dessa forma, a competitividade entre os licitantes, com o fim maior que é o de buscar a proposta mais vantajosa para a administração.

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, intitulada Lei das Licitações, bem como a Lei 10.520, de 17 de julho de 2002, que regulamentou a nova modalidade de licitação denominada de Pregão, ambas em consonância com a Constituição Federal, elencaram diversos princípios administrativos aplicáveis às licitações e aos pregões, sejam os princípios básicos, ou mesmo os correlatos, todos relacionados e analisados no presente trabalho à luz de diferentes doutrinas e jurisprudência nacional.

Além de observar os princípios, a Administração Pública dever sempre fazer o julgamento das propostas baseadas em critérios objetivos pré-estabelecidos no Edital e de acordo com os tipos de licitação.

A presente monografia ateu-se ao tipo de licitação “menor preço”, que é aquele onde o fator preponderante para a escolha da proposta mais vantajosa será o menor preço, desde que atendidas as exigências editalícias.

A legislação vigente estabelece que a regra de julgamento deva ser o “menor preço unitário ou por item”. Entretanto, é cada vez mais comum a adoção do critério “menor preço por lote ou global”, onde se agrupam determinado itens em um único lote e se promove o julgamento, com base no preço total dos itens agrupados, ou do lote, deixando de lado o preço de cada item, declarando vencedor apenas e tão somente um licitante, ou seja, aquele que apresentar a melhor oferta para todos os itens que compões o lote/grupo.

No decorrer do trabalho, comprovou-se que diversos doutrinadores entendem que o critério de julgamento do tipo “menor preço por lote ou global” fere vários

princípios licitatórios, a exemplo dos princípios da economicidade, da competitividade, da legalidade, da eficiência, dentre outros, por nem sempre obter a proposta mais vantajosa para a administração, culminando, inclusive, na edição da Súmula 247, por parte do Tribunal de Contas da União, que torna obrigatória, nas contratações públicas, a admissão da adjudicação por item e não por preço global/lote.

Porém, mesmo sem a devida previsão legal e contrariando a referida Súmula, muitos Órgãos Públicos vêm utilizando O critério de julgamento do tipo “menor preço por lote” em seus procedimentos licitatórios.

Sendo assim, o trabalho possibilitou verificar uma tendência do Tribunal de Contas da União em aceitar o critério de julgamento do tipo “menor preço por lote ou preço global”, em determinados casos, quais sejam: em que ficar comprovada que, em virtude da viabilidade técnica ou a viabilidade econômica, tal procedimento é o mais sensato, ou quando os produtos possuírem a mesma natureza e guardarem relação entre si ou ainda quando restar evidenciado que a licitação por itens isolados exigirá um elevado número de licitações, onerando o trabalho da Administração Pública e colocando em risco a economia de escala e a celeridade processual.

Portanto, após a análise de todos os julgados transcritos no presente trabalho, conclui-se ser viável a aplicação do critério de julgamento do tipo “menor preço por lote”, devendo a administração, de acordo com sua capacidade e suas necessidades, sejam administrativas, econômicas, operacionais ou técnicas, optar motivadamente pela alternativa mais adequada a ser tomada. Entretanto, há que se considerar que essa decisão deva ser obrigatoriamente precedida de estudos, que *devem ser* anexados aos autos do certame, de forma a ficar evidenciado que o critério escolhido conduzirá à seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Diante do exposto, concluímos que, dentro daquilo que inicialmente foi proposto, ou seja, fazer uma análise do critério de julgamento do tipo “menor preço por lote”, eram estas as considerações a fazer, reconhecendo que, complexo e extenso, o tema é fonte inesgotável de diversas outras pesquisas, uma vez que a matéria além de ser polêmica, visto que desperta debates acirrados na doutrina e divide opiniões, possui relevante importância para a sociedade, que espera que os

entes públicos ao realizarem suas contratações selecionem sempre a proposta mais vantajosa para a administração.

REFERÊNCIAS

ARARUNA NETO, Antônio Augusto Rolim. Do critério de julgamento "menor preço por lote". Uma ofensa ao princípio da economicidade nas licitações. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2665, 18 out. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17633>>. Acesso em: 13 mar. 2013.

AZAMBUJA, Alexandre. O dever de licitar das entidades paraestatais. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, 02 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42733&seo=1>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 27. ed. rev. e atual. até a *Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010*. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 ago. 2013.

BRASIL. (1993). *L e i n. 8666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8666cons.htm>. Acesso em: 15 ago. 2013.

_____. Tribunal de Contas da União (TCU). Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1913/2013 – Plenário, TC 004.526/2013-9. Relator: Ministro José Múcio Monteiro. Data do julgamento: 24.7.2013. Disponível em: <<http://licitabrasil.wordpress.com/category/preco-por-item-lote-ou-global>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2977/2012-Plenário, TC-022.320/2012-1. Relator: Ministro Substituto Weder de Oliveira. Data do julgamento: 31.10.2012. Disponível em: <<http://licitabrasil.wordpress.com/category/preco-por-item-lote-ou-global>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

_____. Tribunal de Contas da União. TC 001.605/2013-5. Relator: Ministro Valmir Campelo. Data do julgamento: 26.6.2013. Disponível em: <<http://licitabrasil.wordpress.com/category/preco-por-item-lote-ou-global>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1167/2012-Plenário, TC 000.431/2012-5. Relator: Ministro José Jorge. Data do julgamento: 16.5.2012. Disponível em: <<http://licitabrasil.wordpress.com/category/preco-por-item-lote-ou-global>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 5301/2013-Segunda Câmara, TC

009.965/2013-0. Relator: Ministro-Substituto André Luís de Carvalho. Data do julgamento: 3.9.2013. Disponível em: <<http://licitabrasil.wordpress.com/category/preco-por-item-lote-ou-global>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 861/2013-Plenário, TC 006.719/2013-9. Relator: Ministra Ana Arraes. Data do julgamento: 10.4.2013. Disponível em: <<http://licitabrasil.wordpress.com/category/preco-por-item-lote-ou-global>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. rev., ampl. e atual. até 31.12.2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SILVA, André Pataro Myrrha de Paula e. A licitação por lote único na doutrina e na jurisprudência. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1859, 3 ago. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11562>>. Acesso em: 4 jul. 2012.