

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS

**JULIANA SANTESE SILVA**

**OS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS E A LICITAÇÃO NA COMPRA  
PÚBLICA**

RIO DE JANEIRO

2016

**JULIANA SANTESE SILVA**

**OS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS E A LICITAÇÃO NA COMPRA  
PÚBLICA**

Trabalho apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro como requisito para obtenção de grau no curso de Direito.

Professora orientadora: Benedito Adeodato

RIO DE JANEIRO

2016

**JULIANA SANTESE SILVA**

**OS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS E A LICITAÇÃO NA COMPRA  
PÚBLICA**

Trabalho apresentado à Escola de  
Ciências Jurídicas da Universidade  
Federal do Estado do Rio de Janeiro  
como requisito para obtenção de  
grau no curso de Direito.

Rio de Janeiro,            de novembro de 2016.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Benedito Adeodato

---

Prof.

---

Prof.

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo discorrer sobre os Princípios Administrativos e a importância deles para uma gestão pública eficiente, transparente e protetora do erário público. Inicialmente abordam-se como os Princípios Administrativos estão explícitos e resguardados pela Constituição Federal de 1988. Após, apresenta-se estudo sobre os tipos de licitação no Brasil e a melhor forma de realizá-la. Por fim, discutem-se mecanismos existentes capazes de garantir a qualidade da proposta ganhadora em licitações que classificam como melhor a que apresentar o menor preço. Objetiva-se, desta forma, comprovar a importância do princípio da eficiência, assegurado na Constituição Federal de 1988, numa gestão pública de qualidade e zelo por parte do gestor público.

Palavras-chave: Princípios Administrativos, Constituição, Princípio da Eficiência, Licitação, Lei 8666/93.

## **ABSTRACT**

This paper has the objective of talking about the administrative principles and their importance for a efficient and transparent public management The protects the citizens. Initially it is discussed the administrative principles and how they are explicit and safeguarded in the federal constitution of 1988. Later, a study is presented about the kinds of licitation in Brazil and the best way to implement it. Finally, we discuss existing mechanisms capable of guaranteeing the quality of the winning bid in bids that classify as better than presenting the lowest price. The purpose of this article is to prove the importance of the principle of efficiency, guaranteed by the Federal Constitution of 1988, in a public management of quality and zeal on the part of the public manager.

Palavras-chave: Administrative Principles, federal constitution, Principle of Efficiency, Bidding, Law 8666/93.

## Sumário

1 INTRODUÇÃO .....	7
2 DOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS NA CONSTITUIÇÃO .....	9
2.1 Do princípio da Legalidade .....	9
2.2 Do princípio da Moralidade .....	10
2.3 Do princípio da Impessoalidade .....	12
2.4 Do princípio da Eficiência.....	13
2.5 Do Princípio da Publicidade .....	15
3. LICITAÇÃO PÚBLICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....	19
3.1 Conceito e Finalidade .....	19
3.2 O Procedimento Licitatório.....	21
3.2.1 Modelos Existentes.....	21
3.2.2 Fases do processo licitatório .....	22
3.3 Tipos de licitação .....	24
3.4 O critério do menor preço .....	25
4 LICITAÇÃO DE MENOR PREÇO E A GARANTIA DA QUALIDADE DA PROPOSTA .....	28
4.1 A suposta ineficiência do critério do menor preço na licitação pública....	28
4.2 Condutas a serem adotadas para garantir a qualidade da proposta vencedora .....	29
4.2.1 Capacitação do corpo de servidores.....	29
4.2.2 Correta individualização do objeto da licitação .....	31
4.2.3 A importância da exigência de amostras .....	35
4.2.4 Desclassificação de licitantes sem qualificação técnica .....	36
4.2.5 Necessidade de verificação da conformidade das propostas com o edital .....	38
4.2.6 Desclassificação das propostas inexequíveis.....	39
4.2.7 Cumprimento do Contrato.....	41
4.2.8 Aplicação de sanções administrativas pela inexecução do contrato.	41
5 ESTUDO DE CASO: O JULGAMENTO DO TCU NA CONTRATAÇÃO DE UNIFORME DA MARINHA DO BRASIL.....	44
CONCLUSÃO.....	47
REFERÊNCIAS.....	49

## 1 INTRODUÇÃO

Administrar é gerir interesses segundo a lei, a moral e a finalidade dos bens entregues à guarda e conservação alheias. Portanto, é a gestão de bens e interesses qualificados da comunidade.

A atuação do administrador público possui notória importância, desta forma, é fácil perceber a presença não apenas de direitos, mas também de deveres. O gestor público tem o dever-poder de agir, o dever da eficiência e de prestar contas.

Para isso, a Administração pública é regida por princípios constitucionais e o presente trabalho tem por objetivo apontar a importância de tais princípios impostos pela Constituição Federal à Administração Pública, visando resguardar o erário público.

O primeiro capítulo abordará os princípios explícitos na Constituição Federal de 1988, assegurados no caput de seu Art.37: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Destacando-se, neste momento, que a publicidade visa propiciar o controle da Administração tanto pelos órgãos competentes e responsáveis pela fiscalização, quanto pelo cidadão.

No segundo capítulo será feito um estudo sobre a licitação pública brasileira, sua finalidade, os princípios aplicáveis ao procedimento, as modalidades e tipos de licitação. Será possível constatar a modalidade de licitação mais presente no ordenamento brasileiro.

No terceiro capítulo, com a definição do conceito de eficiência, apresentada no primeiro capítulo, e levando em conta o procedimento licitatório estudado no segundo capítulo, serão examinadas algumas medidas que podem ser tomadas pelo administrador para garantir a eficiência do procedimento licitatório regido pelo critério do menor preço.

Como dito, o gestor público tem como função gerir e administrar de forma técnica, ética, eficiente e transparente a coisa pública. Portanto, faz-se

importante destacar o princípio da eficiência na busca pela qualidade nas propostas licitatórias para que o erário não seja afetado.

Este trabalho, porém, não visa esgotar o tema, mas apenas apresentar as ideias básicas que em torno dele gravitam, realçando-se a importância do princípio da eficiência para o eficaz controle da gestão pública.



## **2 DOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS NA CONSTITUIÇÃO**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 indica no caput de seu art. 37 como inerentes à Administração Pública os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, chamados princípios explícitos.

Os princípios devem ser respeitados e a falta de observância a esses constitui uma ilegalidade inconstitucional, pois quando isso acontece abala-se todo o sistema jurídico. Para Mello (2008. p. 943):

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda estrutura nelas esforçada. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional. Ed., 6. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003. P. 943)

### **2.1 Do princípio da Legalidade**

Extraí-se das orientações de Meirelles que a legalidade, como princípio de administração, significa que em toda a sua atividade funcional o administrador público está sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito, como se extrai do inciso I do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784, de 29/01/1999.

Fica evidente, assim, que além da atuação conforme a lei a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos.

A propósito do tema, Mello preleciona que:

Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e impessoal, a lei, editada pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social – garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização da vontade geral. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 28. ed.. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 100.)

Ichihara diz que:

“[...] legalidade é um princípio basilar do Estado de Direito, que se traduz [...] em constituir a segurança jurídica e social do povo”. Sem o princípio da legalidade o estado estaria fadado à ilegalidade, assim como ocorria num passado não muito distante, Ichihara (1980), diz que a legalidade é a base do estado democrático de direito, pois é ele que dá segurança à população de modo geral. (ICHIHARA, Yoshiaki. Direito tributário – uma introdução, Atlas, 1980.p 33)

## **2.2 Do princípio da Moralidade**

Faz-se necessário, primeiramente, estabelecer o que significa esta tão falada moral. Aurélio Buarque de Holanda Ferreira traz a seguinte definição:

“Moral. Do lat. Morale. Conjunto de regras de conduta consideradas como válidas, quer de modo absoluto, para qualquer tempo ou lugar, quer para grupo ou pessoa determinada. É o conjunto de nossas faculdades morais, brio, vergonha”. (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Minidicionário Aurélio. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1977, p 1158)

O modo que a Administração Pública encontrou como instrumento de controle dos seus próprios atos, foi o processo administrativo, pois ele é um meio amplo de investigação, onde se pode chegar a um questionamento de sua oportunidade e conveniência e também ao mérito do ato ou da decisão. Sendo assim, moral, tem base na probidade, na boa-fé, na confiança e também na honradez.

A moralidade constitui pressuposto de validade da atuação administrativa, tanto que Meirelles assim se manifesta:

Não se trata — diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito — da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração, a partir das quais o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o importuno, mas também entre o honesto e desonesto. Por considerações de Direito e de Moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: “non omne quod licet honestum est”. A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e finalidade de sua ação: o homem comum. (MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 28. ed. São Paulo, Malheiros, 2003, p. 98)

O princípio da moralidade possui tamanho alcance e abrangência que o art. 5º, LXXIII, da CRFB/88, atribui legitimidade a qualquer cidadão para a propositura de ação popular que tenha por objetivo anular atos lesivos ao patrimônio público.

Além da ação popular, há outros meios processuais comuns que os interessados podem utilizar para compelir o administrador a pautar-se pela moral administrativa.

### **2.3 Do princípio da Impessoalidade**

Esse princípio impede a promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos sobre suas realizações administrativas, como ainda veda o tratamento diferenciado entre quaisquer administrados, como emanção da igualdade.

E, dessa perspectiva, a impessoalidade insere-se no âmbito do conteúdo jurídico do princípio da isonomia, bem como no do próprio princípio da finalidade.

Perfilhando esse entendimento, Mello sustenta que:

Nele [princípio da impessoalidade] se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimntosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de Curso de Direito Administrativo, 7 ed. São Paulo, Malheiros, 2003, p 100)

No mesmo sentido Hely Lopes Meirelles, afirma que:

“O princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988 (art. 37, caput), nada mais é que o clássico princípio da

finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal. “ (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro, 27ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002. P 89 e 90)

O princípio da impessoalidade tem como função principal servir de ponte, de liame, entre os princípios estruturais e os deveres deles decorrentes. Assim é por intermédio dele que se estabelece que Administração Pública não deva trazer a marca pessoal do administrador, haja vista que os atos públicos não são praticados pelo servidor, mas pela Administração a que esse servidor pertence.

O artigo 37, § 1º da Constituição Federal (Brasil, 1988), reforça dizendo que:

“A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos”.

## **2.4 Do princípio da Eficiência**

O princípio da eficiência pode ser traduzido na legítima exigência de que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional, mesmo porque a atividade pública é suportada por pesada tributação.

Portanto, não mais se contenta que a função administrativa seja desempenhada apenas com legalidade, mas exigem-se resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Sobre a eficiência Moraes diz que:

Eficiência é o que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social. (MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 13ª. ed., São Paulo: Atlas, 2003.p 65)

Não obstante o princípio da eficiência já estivesse previsto nos arts. 13, 25, V, e 26, III, do Decreto-Lei nº 200, de 25/02/1967, que implementou a reforma administrativa federal, ele atualmente é considerado o mais moderno princípio da atividade administrativa, tanto que outrora implícito na CRFB/88 tornou-se explícito a partir da Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/1998, que o acrescentou aos demais postulados insertos no caput do art. 37.

Também, na redação original da CF 88, o constituinte deixou assentada a necessidade de ação eficiente, por exemplo, em seu art. 74:

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

[...]

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

Acerca do princípio da eficiência e do dever de eficiência que dele decorre, Meirelles sumaria que:

O princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função

administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros. (MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 28. ed. São Paulo, Malheiros, 2003, p. 98)

Desse modo, a qualidade é o sentido a ser considerado quando se pensa no princípio da eficiência. No que toca à licitação, não basta ao administrador buscar economicidade, celeridade ou levar em conta formalidades desnecessárias, mas sim garantir a aquisição de produtos, bens ou serviços de maneira satisfatória.

Portanto, não há eficiência quando, embora haja economia aos cofres públicos, os interesses dos administrados são postos de lado e atendidos de maneira insatisfatória.

## **2.5 Do Princípio da Publicidade**

O princípio da publicidade impõe ao Poder Público o dever de atuação com a maior transparência possível para que os administrados e os órgãos controladores tenham, a toda hora, conhecimento de suas realizações. A propósito, Cardozo assim o define:

Entende-se princípio da publicidade, assim, aquele que exige, nas formas admitidas em Direito, e dentro dos limites constitucionalmente estabelecidos, a obrigatória divulgação dos atos da Administração Pública, com o objetivo de permitir seu conhecimento e controle pelos órgãos estatais competentes e por toda a sociedade.

A publicidade, contudo, não é um requisito de forma do ato administrativo, pois não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e

moralidade. Por isso mesmo os atos irregulares não se convalidam com a publicação, nem os regulares a dispensam para sua exequibilidade, quando a lei ou o regulamento a exige.

No que tange à forma da publicidade dos atos da Administração ela poderá dar-se tanto por meio da publicação do ato, como por sua simples comunicação a seus destinatários.

É relevante observar que o dever de publicação e de comunicação não exige o efetivo conhecimento de fato do ato administrativo pelos respectivos destinatários, bastando que os requisitos exigidos para a efetivação da publicidade tenham ocorrido na forma prevista pelo ordenamento.

Com efeito, para o mundo do Direito não interessa se a existência do ato e de seu conteúdo tenha realmente chegado ao conhecimento da pessoa atingida por seus efeitos, pois feita a publicação ou a comunicação de acordo com as normas vigentes haverá sempre uma presunção absoluta da ciência do destinatário, satisfazendo-se a exigência de publicidade.

Assim, se a publicação feita no Diário Oficial foi ou não lida, se a comunicação protocolada na repartição competente chegou ou não às mãos de quem de direito, se o telegrama regularmente recebido na residência do destinatário chegou faticamente às suas mãos ou se eventualmente foi extraviado por algum familiar, isso pouco ou nada importa se as formalidades legais exigidas foram inteiramente cumpridas no caso.

Nesse sentido, afirma MELLO:

O conhecimento do ato é um plus em relação à publicidade, sendo juridicamente desnecessário para que este se repute como existente (...). Quando prevista a publicação do ato (em Diário Oficial), na porta das repartições (por afixação no local de costume), pode ocorrer que o destinatário não o leia, não o veja ou, por qualquer razão, dele não tome efetiva ciência. Não importa. Ter-se-á cumprido o que de direito se exigia para a publicidade, ou seja, para a revelação do ato. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de Curso de Direito Administrativo, 7 ed. São Paulo, Malheiros, 2003, p 91)



Cabe à lei indicar, em cada caso, a forma adequada de se dar a publicidade aos atos da Administração Pública. Normalmente, esse dever é satisfeito por meio da publicação em órgão de imprensa oficial da Administração, entendendo-se com isso não apenas os Diários ou Boletins Oficiais das entidades públicas, mas também, especificamente para aquelas unidades da Federação que não possuem tais periódicos, os jornais particulares especificamente contratados para o desempenho dessa função, ou outras excepcionais formas substitutivas, nos termos das normas legais e administrativas locais.

Observe-se, porém, que para fins do atendimento do princípio da publicidade, como bem registra Hely Lopes Meirelles, não é cabível a divulgação por órgãos de imprensa não escritos, como a televisão e o rádio, ainda que em horário oficial, em decorrência da falta de segurança jurídica que esses meios propiciariam, seja em relação à existência, seja em relação ao próprio conteúdo de tais atos.

Outrossim, inexistindo disposição normativa em sentido oposto, há de se entender que os atos administrativos de efeitos internos não necessitam ser publicados para que tenha havido o dever de publicidade, pois nesses casos é admissível, em regra, a comunicação aos destinatários.

Portanto, o dever de publicação recai exclusivamente nos atos administrativos que atingem terceiros, ou seja, nos atos externos.

As formas pelas quais se podem dar publicidade aos atos administrativos, nos termos desse princípio constitucional, serão diferenciadas de acordo com o que reste expressamente estabelecido pela legislação, e em sendo omissa esta, conforme os parâmetros estabelecidos na teoria geral dos atos administrativos.

O direito à publicidade dos atos não se limita apenas aos atos já publicados ou que estejam em fase aperfeiçoamento pela publicação, mas estende-se, indistintamente, a todo o processo formativo do ato administrativo,

alcançando inclusive os atos preparatórios internos, como despachos administrativos intermediários, manifestações e pareceres.

Registre-se, todavia, que a transparência não constitui um direito absoluto, pois há limites constitucionais expressos ao princípio da publicidade. De fato, segundo a Constituição Federal, ele jamais poderá ser compreendido de modo a propiciar a violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5º, X, c/c art. 37, § 3º, II, CRFB/88), do sigilo da fonte quando necessário ao exercício profissional (art. 5º, XIV, CRFB/88), ou com violação de sigilo tido como imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII, c/c. art. 37, § 3º, II, CRFB/88).

### 3. LICITAÇÃO PÚBLICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

#### 3.1 Conceito e Finalidade

O preceito mais genérico acerca da licitação no ordenamento jurídico brasileiro está no inciso XXI do art. 37 da Constituição de 1988, que assim determina:

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.

O procedimento de licitação, regulado atualmente pela Lei 8.666/93, consiste na sucessão de atos formais cujo fim é o cumprimento do art. 37, XXI da CF por meio da concorrência pública, na qual há a apresentação de propostas as quais serão classificadas de acordo com as condições previamente estipuladas, sendo ao final escolhida a mais vantajosa de acordo com o critério estabelecido.

Este procedimento se mostra necessário tendo em vista que, diferente do particular, que tem total discricção para adquirir o que bem lhe entender, a Administração deve fazê-lo apenas na medida em que essa aquisição venha ao encontro do interesse público e tenha sido feita nos limites da Lei.

Celso Antônio Bandeira de Mello explica que o procedimento licitatório visa a alcançar um triplo objetivo:

proporcionar às entidades governamentais possibilidade de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre ofertantes preordena-se a isto), assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam

realizar com os particulares e concorrer para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Em suma os objetivos são: proposta mais vantajosa, isonomia dos licitantes e promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

A lei nº 8.666/93, que em seu art. 3º diz que a licitação visa a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração. Maria Silvia Zanella Di Pietro, por sua vez, ensina que a vantagem consiste na proposta mais conveniente de acordo com os interesses para que o procedimento licitatório foi elaborado.

Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que a função pública, no Estado Democrático de Direito, é a atividade exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público (BANDEIRA DE MELLO, obra citada, p. 29)

No mesmo caminho aponta José dos Santos Carvalho Filho, que diz:

Enquanto o ponto central da função legislativa consiste na criação do direito novo (ius novium) e da função jurisdicional descansa na composição de litígios, na função administrativa o grande alvo é, de fato, a gestão dos interesses coletivos na sua mais variada dimensão, consequência das numerosas tarefas a que se deve propor o Estado moderno. (CARVALHO FILHO, José dos Santos, obra citada, p. 5)

Percebe-se que a proposta mais vantajosa para a Administração visa justamente a uma melhor prestação do serviço público, ensejando, portanto, benefício também para o administrado. Assim, a vantajosidade da proposta para a administração consistiria num meio, tendo como fim que essa vantajosidade se reflita também para o administrado.

José Cretella Junior, conceituando licitação como:

procedimento administrativo preliminar complexo, a que recorre a Administração quando, desejando celebrar contrato com o particular, referente a compras, vendas, obras, trabalhos ou serviços, seleciona, entre várias propostas, a que melhor atende ao interesse público

[...]”(CRETELLA JUNIOR, José. Das Licitações Públicas. Rio de Janeiro: Editora Forense, 18ª edição, 2009, p. 49,)

No mesmo sentido aponta Marçal Justen Filho, ao dizer que:

a vantagem buscada pela Administração Pública deriva da conjugação dos aspectos da qualidade e da onerosidade. Significa dizer que a Administração Pública busca a maior qualidade da prestação e o maior benefício econômico. (JUSTEN FILHO, Marçal, obra citada, p. 497)

Marçal ensina, ainda:

A licitação é um procedimento orientado a fixar critérios objetivos para disciplinar a competição entre os interessados na contratação pública, eliminando a seleção fundada em preferências arbitrárias ou em critérios subjetivos. O tratamento isonômico visa assegurar a escolha da proposta mais adequada, dotada de maior vantajosidade. O que não se admite é a fixação de regras discriminatórias que impeçam a seleção da proposta dotada de maior vantajosidade. (JUSTEN FILHO, Marçal, obra citada, p. 497)

## **3.2 O Procedimento Licitatório**

### **3.2.1 Modelos Existentes**

A modalidade padrão de licitação é a concorrência, diferenciando-se esta modalidade de licitação das modalidades de tomada de preços e do convite basicamente pela maior ou menor complexidade, sendo a concorrência a modalidade mais completa.

Quanto ao leilão, este se destina à venda de imóveis ou produtos inservíveis para a administração, ao contrário das já expostas modalidades que se destinam à aquisição.

Há, ainda, a modalidade de concurso, que visa à contratação de trabalhos técnicos, artísticos ou científicos. A modalidade do pregão é indicada

para a contratação de bens e serviços comuns, independentemente do valor estimado da contratação, e tem como marca a celeridade.

A modalidade de consulta é utilizada apenas pelas agências reguladoras e é adequada à contratação de bens e serviços não classificados como comuns e que não sejam obras e serviços de engenharia civil.

Por fim, existe o Regime Diferenciado de Contratação (RDC), destinado a situações específicas, por exemplo, contratações relacionadas à Olimpíada Rio 2016.

Far-se-á uma breve explicação dos procedimentos da licitação, tendo como base o procedimento padrão – a modalidade de concorrência.

### 3.2.2 Fases do processo licitatório

O procedimento licitatório inicia-se pela fase interna, após a constatação da necessidade de aquisição de produtos, de contratação de prestação de serviços ou de execução de obras. Abre-se um processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, conforme determinação do art. 38 da Lei 8.666/93.

Nesta etapa verifica-se a necessidade e a conveniência da contratação, a presença dos pressupostos legais para contratação e existência dos recursos financeiros, bem como se define o objeto do contrato e a modalidade de licitação a ser adotada, elaborando-se o edital.

Posteriormente inicia-se a fase externa, com a publicação do edital (ou da carta-convite, no caso da modalidade de convite), que é o instrumento de natureza divulgatória e normativa do procedimento, tornando pública a existência da licitação, determinando suas regras fundamentais, disciplinando as regras procedimentais que serão adotadas e as exigências impostas aos interessados.

Uma vez publicado, nem mesmo a administração pode descumprir o edital, em respeito ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Após a divulgação do edital, ocorre a fase de habilitação, na qual os licitantes apresentam os documentos elencados no art. 27 e seguintes da Lei 8666/93e e posteriormente se verifica a documentação e os requisitos pessoais dos licitantes, excluindo-se aqueles em desconformidade com o estipulado no edital a fim de garantir que o licitante tem condições técnicas, financeiras e idoneidade para cumprir o contrato caso vença a licitação.

Em seguida, ocorre o julgamento das propostas. Esta fase é composta por duas subfases. Primeiramente, assim como na habilitação, verificam-se cada uma das propostas a fim de desclassificar aquelas desconformes ou incompatíveis com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços. Na segunda subfase se dá o julgamento propriamente dito, ocorrendo o exame e a classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital. Ditos critérios de avaliação são os tipos de licitação: menor preço, melhor técnica, técnica e preço e maior lance ou oferta.

Especificamente quanto ao julgamento, determina a Lei nº 8.666/93:

Art. 44 – No julgamento das propostas, a comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos em lei. §1º É vedada a utilização de quaisquer elementos, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes. [...]

Por fim, há a remessa do processo à autoridade competente, que exerce um controle de legalidade do procedimento licitatório na etapa de homologação e atribui ao vencedor o objeto da licitação na etapa de adjudicação, que é o ato final do procedimento licitatório.

### 3.3 Tipos de licitação

O art. 45 da lei de licitações determina que, como medida para que o julgamento das propostas seja objetivo, o administrador deve obedecer ao critério previamente estabelecido no edital.

O tipo de licitação nada mais é que o critério a ser considerado pelo administrador quando do julgamento das propostas habilitadas. Esse critério, além de ser previamente fixado no edital, não pode ser modificado no decorrer do procedimento. Não pode também o administrador criar um novo tipo de licitação, nem mesmo mesclar elementos dentre eles. Não se deve confundir tipo de licitação com modalidade, sendo esta a maneira como o administrador conduz a licitação, enquanto aquele diz respeito ao critério de julgamento das propostas.

São quatro os tipos de licitação: de menor preço, de melhor técnica, de técnica e preço e de maior lance ou oferta. A regra geral é a licitação de menor preço, a qual será abordada adiante.

O critério de melhor técnica é utilizado exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual.

Por sua vez o critério de técnica e preço é utilizado para serviços de natureza predominantemente intelectual e, como exceção, para a contratação de bens e serviços de informática. Tanto neste tipo, quanto no critério de melhor técnica, o vencedor é encontrado por uma média entre as notas técnicas e comerciais.

Por fim, o critério de maior lance ou oferta é utilizado nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

Salienta-se que o administrador, quando da elaboração do edital, não tem discricionariedade para escolher este ou aquele tipo de licitação, sendo o critério padrão o do menor preço, podendo utilizar os demais tipos apenas nos casos especificados no art. 46 da Lei:



Os tipos de licitação "melhor técnica" ou "técnica e preço" serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4º do artigo anterior. [...] §3º Excepcionalmente, os tipos de licitação previstos neste artigo poderão ser adotados, por autorização expressa e mediante justificativa circunstanciada da maior autoridade da Administração promotora constante do ato convocatório, para fornecimento de bens e execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto majoritariamente dependentes de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação, nos casos em que o objeto pretendido admitir soluções alternativas e variações de execução, com repercussões significativas sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis, e estas puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, na conformidade dos critérios objetivamente fixados no ato convocatório.

Como alerta Marçal Justen Filho, não se deve confundir padrão de qualidade mínima e critério de julgamento técnico, sendo o primeiro uma condição que o participante do procedimento deve atingir, de acordo com os requisitos estabelecidos no edital, para que não seja desclassificado, enquanto que o segundo incide no julgamento do tipo melhor técnica ou técnica e preço, refletindo numa pontuação mais elevada para a proposta quanto maior for sua qualidade.

### **3.4 O critério do menor preço**

Como visto, o critério do menor preço é o padrão, sendo também o mais utilizado pela Administração Pública. Dos critérios estabelecidos pela Lei. Nº 8.666/93, foi o único expressamente definido pela lei:

Art. 45 – [...] §1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso: I – a de menor preço – quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço; [...]

Portanto, as propostas, independente de sua qualidade, estando em conformidade com os requisitos mínimos do edital, serão ordenadas conforme seu preço unitário ou global, vencendo aquela de menor preço.

Carlos Pinto Coelho Motta ressalta que adotar o critério do menor preço:

“não implica a aceitação mecânica de um valor apresentado como preço nominalmente mais barato: o preço deve ser exequível com vantagem para a Administração [...]”<sup>57</sup>. (Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas Licitações e Contratos. Belo Horizonte: Del Rey, 11ª edição, 2008, p. 514.)

Com isso, se a proposta mostrar-se fora dos padrões da normalidade de modo que se evidencie que é impossível a sua concretização por aquele preço e que o contratado não pode cumprir o prometido, esta proposta pode ser desclassificada.

O menor preço não significa tão somente o menor preço nominal, mas sim o melhor preço para a administração, pois pode ocorrer de o desembolso de valor mais elevado propiciar vantagens maiores à Administração Pública.

Se fosse observado exclusivamente o valor nominal, em muitos casos estaria a Administração adquirindo objeto de péssima qualidade, mas que foi o vencedor do procedimento por ser o mais barato. Explica Marçal Justen Filho:

É vedado à Administração Pública selecionar como vencedora a proposta tomando em vista apenas o valor exigido pelo particular e sem estabelecer um parâmetro mínimo de qualidade aceitável. É fundamental que o ato convocatório adote o padrão de qualidade exigido, o que

significa a desclassificação de todas as propostas que não atendam essa exigência. (JUSTEN FILHO, Marçal, Curso..., obra citada, p. 478)

O legislador fez, ainda, algumas especificações quanto ao critério do menor preço:

§2º - No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no §2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo.

§3º No caso de licitação do tipo menor preço, entre os licitantes considerados qualificados a classificação se dará pela ordem crescente dos preços propostos, prevalecendo, no caso de empate, exclusivamente o critério previsto no parágrafo anterior. [...]

A forma de desempate é através de sorteio. De certo que o legislador viu nisso maneira de manter a isonomia do procedimento, o que, todavia, não vai ao encontro do objetivo de selecionar a melhor proposta.

Embora o uso deste critério de desempate seja extremamente improvável, pois necessária a observância prévia do §2º do art. 3º da lei, notável a forma de escolha utilizada pelo legislador

## **4 LICITAÇÃO DE MENOR PREÇO E A GARANTIA DA QUALIDADE DA PROPOSTA**

### **4.1 A suposta ineficiência do critério do menor preço na licitação pública**

O princípio da eficiência deve ser entendido como a busca pela qualidade do serviço público prestado ao administrado, negando-se o caráter meramente economicista do princípio.

No segundo capítulo viu-se que o critério padrão a ser utilizado no julgamento das propostas pelo administrador quando da contratação através de licitação pública é do menor preço.

Contratando-se pelo menor preço, empresas pouco comprometidas podem vencer o procedimento e, devido à sua falta de organização e planejamento, prejudicar a Administração Pública com o atraso, a má ou, até mesmo, a não execução das obras.

Quanto à opção do legislador pelo critério do menor preço, Maria Silvia Zanella Di Pietro ensina:

A preferência do legislador pelo critério do preço e as restrições ao critério da técnica podem trazer dificuldades à Administração nas licitações para determinados contratos em que, mesmo sem estarem presentes os requisitos previstos no § 3º do artigo 46, seria aconselhável levar em consideração a técnica utilizada. Isto ocorre em especial nos contratos de obras e serviços técnicos especializados, em que a seleção pelo critério exclusivo do preço pode levar a Administração a ter que aceitar proposta que, sob o ponto de vista da técnica, não é a melhor; isto, evidentemente, contraria o interesse público. (DI PIETRO, Maria Silvia Zanella, obra citada, p. 427.)

Jorge Ulysses Jacoby Fernandes, por sua vez, defende que:

o problema não é a adoção do critério em si, mas de aspectos que o circundam. Indica o autor que o equívoco de se considerar que a Administração é obrigada a comprar

produtos de baixa qualidade, face a regra geral da aquisição pelo menor preço, tem três motivos: a ausência de treinamento dos servidores responsáveis pela aplicação da lei de licitações; o equívoco de que comprar pelo menor preço obriga a aceitar qualquer produto, visto que há diversos mecanismos para garantir um mínimo de qualidade do objeto da licitação; a errada compreensão de decisões dos órgãos do controle. (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. A qualidade na Lei de Licitações: o equívoco de comprar pelo menor preço, sem garantir a qualidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 38, 1 jan. 2000)

#### **4.2 Conduas a serem adotadas para garantir a qualidade da proposta vencedora**

Não é a mera utilização do critério do menor preço o que faz com que as contratações por parte da Administração sejam de baixa qualidade, mas sim a má utilização do procedimento licitatório como um todo, desde o seu princípio, sem o devido planejamento e atenção por parte do administrador.

Assim, vejamos algumas condutas a serem adotadas pela Administração para que, ao se utilizar do procedimento licitatório com base no critério do menor preço, garanta a qualidade da proposta vencedora e evite o desperdício do erário.

##### **4.2.1 Capacitação do corpo de servidores**

A correta aplicação da lei de licitações pressupõe que o agente público tenha conhecimento desta, domine o assunto, saiba de todas as possibilidades e limitações impostas pela lei. É comum ocorrer a contratação de objetos de baixa qualidade e, após a verificação do que efetivamente foi adquirido, a própria Administração alegar que isso decorre da ineficiência da lei de licitações e sua exigência de que a compra seja feita sempre pelo menor preço.

Tal alegação, por parte da própria Administração, por si só mostra que o corpo de servidores responsáveis pela condução do procedimento licitatório não está apto para tal tarefa, visto que de modo algum a lei de licitações impõe

que sejam adquiridos produtos e contratados serviços de baixa qualidade. Como veremos a seguir, a lei possui diversos mecanismos que, se corretamente utilizados, mesmo em licitações do tipo menor preço, podem garantir à Administração a contratação de proposta justa, de qualidade e com baixo custo.

Sobre a necessidade de treinamento do pessoal responsável pela condução da licitação, ensina Jorge Ulysses Jacoby Fernandes:

De fato, não se pode conceber que sejam encarregados de dar cumprimento a uma legislação complexa servidores sem prévio conhecimento do assunto, normalmente já sobrecarregados de tarefas múltiplas. Nesse sentido, merecem destaque decisões dos Tribunais de Contas que vêm determinando o treinamento dos servidores da Administração, quando evidente o erro, sem má-fé, por simples desconhecimento das normas em vigor. Um bom treinamento é o que capacita juristas ou não a explorarem a potencialidade da norma, rumo à eficácia da Administração (FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby, artigo citado).

Outro ponto importante a ser considerado, defendido por Jorge Jacoby, é a necessidade da exata compreensão das decisões dos Tribunais de Contas por parte dos administradores, que não vêm alcançando o nível pedagógico que pretendem.

A referida falta de entendimento pode “gerar equívocos na interpretação das decisões e temor, pela gravidade das penas impostas, de adotar determinações, decisões ou recorrer do que é deliberado.”

Para solucionar tal problema, Jacoby aponta as seguintes condutas por parte dos Tribunais de Contas:

- a) melhorar a forma de redação dos acórdãos, de forma a estabelecer comunicação com os que são responsáveis de fato pela prática de atos de licitação e contratos;
- b) sistematizar o Diário Oficial de modo a melhorar a comunicação das decisões;

c) melhora do sistema de pesquisa e avaliação da relevância dos temas. E separação de julgados por assunto tratado. (FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby, artigo citado.)

#### 4.2.2 Correta individualização do objeto da licitação

Esse se mostra o ponto mais importante no sentido de garantir a qualidade da proposta vencedora. A não estipulação correta do objeto da licitação, ou seja, sua individualização, especificação, indicação da qualidade mínima, propicia que propostas das mais variadas qualidades apareçam.

Marçal Justen Filho, discorrendo sobre a importância fundamental do ato convocatório, explica:

A maioria dos problemas práticos ocorridos em licitações deriva da equivocada elaboração do ato convocatório. Não seria exagero afirmar que os erros na elaboração dos editais constituem-se em fatores muito mais prejudiciais do que as complexidades ou defeitos da Lei 8.666/93. Se esse diploma possui defeitos, eles são potencializados em virtude de editais mal redigidos. (JUSTEN FILHO, Marçal, p. 706)

Tal ensinamento pode ser integralmente adaptado à individualização do objeto da licitação. Diversas vezes culpa-se o critério do menor preço pela baixa qualidade dos objetos contratados pela Administração, quando na verdade não houve prudência na elaboração do edital e a individualização do objeto.

A correta individualização do objeto não faz parte da discricionariedade do administrador, pois a Lei de Licitações determina que nenhuma compra pode ser feita sem a adequada caracterização de seu objeto:

Art. 14. Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.

Sobre a qualidade mínima e o critério do menor preço, decidiu o TCU ser possível que se exija padrão mínimo de qualidade:

Na licitação do tipo menor preço deve ser escolhido o melhor preço para a administração, aí entendido preço consentâneo com o praticado no mercado, assegurada a prestação do serviço e a entrega do bem, a contento, não havendo impedimento a que se determine requisitos de qualidade técnica mínima. A descrição do objeto deve ser clara e deve descrever os requisitos técnicos necessários à satisfação do interesse da administração (Acórdão 904/2006, Plenário, rel. Min. Ubiratan Aguiar).

O solicitante da contratação deve informar suas necessidades de modo claro, para que a equipe responsável pela licitação não tenha dúvidas do que o requisitante necessita, ou seja, os agentes públicos devem prezar pela boa comunicação interna.

A dificuldade em redigir um edital com as características bem especificadas reside na possibilidade de que ele se torne restritivo ou direcionado para certa empresa, ferindo o princípio da isonomia e, em especial, o inciso I do §1º do art. 3º da lei:

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 do domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;

Desse modo, o administrador corriqueiramente deixa de especificar por completo o objeto a ser adquirido com receio de estar favorecendo determinada empresa e posteriormente o procedimento licitatório ser impugnado junto ao Tribunal de Contas.



Todavia, os requisitos padrões de qualidade mínima são impostos a todos os licitantes e não somente a um ou alguns deles. De nada adiantaria possibilitar que todas as empresas de um ramo participem da licitação quando apenas algumas têm possibilidade de oferecer aquilo que a administração deseja.

O princípio da isonomia na licitação tem como objetivo a competitividade justamente para que se possa contratar a proposta mais vantajosa para a Administração. Mostra-se inútil garantir desta maneira a plena isonomia dos licitantes e ao final contratar um objeto de qualidade duvidosa e que não serve aos propósitos do contratante.

Para evitar o direcionamento do procedimento licitatório, cada especificação do objeto da licitação deve vir acompanhada de uma justificativa plausível. Por outro lado, se houver exigência desnecessária e que não envolve vantagem para a Administração, ou que imponha requisitos desproporcionais com as necessidades da futura contratação, estar-se-á ferindo o princípio da isonomia.

Marçal Justen Filho expõe:

A descrição do objeto da licitação contida no edital não pode deixar margem a qualquer dúvida nem admite complementação a posteriori. Entre a opção de uma descrição sucinta e uma descrição minuciosa, não pode haver dúvida para a Administração Pública: tem de escolher a descrição completa e minuciosa. Certamente a descrição deve ser clara. No caso, “sucinto” não é sinônimo de “obscuro”. (JUSTEN FILHO, Marçal, obra citada, p. 709)

Especial atenção deve ser dada quanto a contratações para a execução de obras e serviços, visto que determina a lei de licitações:

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

I - projeto básico;

II - projeto executivo;

III - execução das obras e serviços.

Nesse ínterim, não basta a especificação e qualificação do objeto, visto tratar-se de contratação de grande monta e alta complexidade, exigindo a lei alto detalhamento da obra ou serviço em questão:

Art. 6º Para os fins desta Lei:

IX – Projeto Básico – conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;

b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;

c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução; [...] X - Projeto Executivo - o conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT;

Tal determinação exige do agente público que tenha uma equipe bem preparada e competente, acostumada com a elaboração dos projetos.

Para a garantia da qualidade, as especificações no edital devem ser certas, possibilitando sua verificação de maneira objetiva, sem depender opiniões ou experiências pessoais dos membros da comissão.

Alerta Diogenes Gasparini que:

A escolha como fim em si mesma é que está proibida, não a seleção em função do interesse público. De sorte que a eleição de uma marca é sempre válida quando se deseja: a) dar continuidade a um dado serviço ou obra em que um produto de certa marca já foi empregado; b) introduzir a padronização de bem na atividade pública; c) manter a padronização; d) atender às necessidades específicas do serviço ou obra que só podem ser satisfeitas com vantagem com produto de certa marca. (GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva,

#### 4.2.3 A importância da exigência de amostras

A exigência de amostra é permitida em todas as modalidades de licitação e é particularmente útil na modalidade pregão, onde se adquire bens e serviços comuns.

Tal procedimento serve para que se compare o produto oferecido com as descrições do edital. A comissão, desta forma, de posse de amostras, tem muito mais segurança na verificação da conformidade da proposta.

A exigência deve estar previamente estipulada no edital, bem como os critérios de sua avaliação. E ainda:

A exigência de amostras só pode dar-se em relação ao licitante classificado em primeiro lugar, sendo vedada a exigência ampla e indiscriminada de amostras de todos os licitantes, tendo em vista que o objetivo é apenas verificar a conformidade com o edital e eliminar a proposta em que a amostra se mostra inadequada às exigências do edital, e não classificar as propostas em ordem de acordo com a avaliação. Ademais, exigir amostras de todos os licitantes acarretaria na demora do procedimento, pois poderia ser

impossível analisar amostras de todos os participantes, bem como seria desnecessária essa exigência, visto que o momento mais apropriado para a análise da amostra é na fase de julgamento. (80 FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby. Sistema de registro de preços e pregão. Belo Horizonte: Forum, 4ª edição, 2011, p. 151.)

Não haveria nenhum benefício com a análise de amostras de outros participantes que não o com a proposta classificada em primeiro lugar.

Apesar de a possibilidade de exigência de amostras ser polêmica, Jorge Ulysses Jacoby Fernandes ensina que não há maiores problemas nesse expediente se tomados alguns cuidados, quais sejam:

- a) a descrição do produto e dos critérios para exame da amostra devem ser objetivos;
- b) a amostra não pode ser exigida como condição de habilitação;
- c) o momento do exame da proposta é na fase de julgamento;
- d) a apreciação da amostra, se possível, deve ser feita em sessão pública.<sup>81</sup>(FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby, obra citada, p. 151.)

#### 4.2.4 Desclassificação de licitantes sem qualificação técnica

A Lei 8.666/93 aborda a habilitação dos licitantes no Art. 27:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

- I - habilitação jurídica;
- II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira; IV – regularidade fiscal e trabalhista; (Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011) (Vigência)

V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Especial atenção deve ser dada à habilitação técnica e ao disposto no inciso II do art. 30:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

[...] II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnicos adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

Ainda, impõe a CF:

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.

A aplicação destes dispositivos evita que empresas sem condições de executar o contrato venham a vencer o procedimento. Desta forma, não basta apresentar a proposta dentro dos requisitos postos no edital, deve ficar evidenciado que o licitante tem meios de cumpri-la integralmente.

É comum a recusa por parte da Administração em afastar licitantes com condições técnicas duvidosas ou de declarar sua inidoneidade para contratar

sob o argumento de que tal atitude possa ferir o princípio da isonomia. Entretanto, é inegável que a redução dos requisitos de participação configura-se como um fator que contribui para a elevação do risco de contratos mal executados.

As referidas exigências devem ser motivadas e não podem ir além do necessário para que a administração garanta a execução do contrato, conforme determina o art. 37, XXI da CF, sob pena de limitar a competitividade do procedimento e ferir o princípio da isonomia.

Maria Silvia Zanella Di Pietro ensina:

O legislador está admitindo que a melhor técnica seja desprezada em benefício do menor preço. Por isso, repita-se, a Comissão deve ser rigorosa ao estabelecer os requisitos de qualificação técnica (art. 30, II), de modo a poder considerar inabilitados os licitantes que não comprovem ter experiência, instalações, recursos humanos e materiais indispensáveis para a execução do objeto pretendido (DI PIETRO, Maria Silva Zanella, obra citada, p. 428)

#### 4.2.5 Necessidade de verificação da conformidade das propostas com o edital

É necessária a comprovação se as propostas apresentadas atendem aos requisitos mínimos determinados.

Determina a Lei de Licitações:

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: [...] IV – verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis; [...] Art. 48. Serão desclassificadas: I – as

propostas que não atendam as exigências do ato convocatório da licitação; [...]

Tal verificação deve ser rigorosa e objetiva e, em caso de desclassificação de uma proposta, tal ato deve ser devidamente motivado, apontando-se especificamente quais os aspectos da proposta que não atendem os requisitos do certame.

Hely Lopes Meirelles ensina que:

para se evitar desclassificações por erros insignificantes quanto ao vulto da proposta, podem os editais admitir uma faixa de admissibilidade de erro de cálculo, dentro da qual não se desclassifica a proposta, retificando-se apenas as incorreções, para julgamento pelo seu exato valor (MEIRELLES, Hely Lopes, Licitação..., obra citada, p. 123)

#### 4.2.6 Desclassificação das propostas inexequíveis

No intuito de contratar a proposta que menos gere custos para a Administração, por vezes o administrador escolhe propostas sem perquirir acerca de sua exequibilidade, podendo isso acarretar no inadimplemento contratual pela impossibilidade do vencedor de fornecer o objeto da licitação da forma como oferecido.

A Lei 8666 determinou em dois dispositivos a desclassificação de propostas inexequíveis:

Art. 44 [...] § 3º Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração.

Art. 48. Serão desclassificadas [...] II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexeqüíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação.

A proposta inexeqüível é aquela que não se reveste de condições de ser cumprida, pois gera ao seu autor mais ônus do que vantagens. Não se trata de um ato discricionário, sendo impositivo que o administrador desclassifique proposta que, em confronto com dados concretos da realidade, mostre-se impossível de ser cumprir.

Carlos Pinto Coelho Motta ensina:

A proposta inexeqüível constitui-se, como se diz, em uma “armadilha” para a Administração: o licitante vence o certame; fracassa na execução do objeto; e não raro intenta, junto ao órgão contratante, reivindicações de revisão de preços, baseadas nos mais engenhosos motivos. Eis a razão de todos os cuidados leais na delimitação da proposta inexeqüível. (MOTTA, Carlos Pinto Coelho, obra citada, p. 515)

É inegável que não basta a proposta estar de acordo com os requisitos do edital, mas deve ficar minimamente demonstrada a possibilidade de sua execução.

Deve estar devidamente previsto no edital o critério a ser considerado para analisar a exequibilidade de cada proposta, além de que tal análise deve ser atenta e minuciosa, mas de maneira totalmente objetiva.



#### 4.2.7 Cumprimento do Contrato

Embora esteja ligado diretamente ao contrato administrativo e não ao procedimento licitatório, outro aspecto a ser observado pelo administrador, é a correta execução e fiscalização dos contratos celebrados após o certame licitatório.

Estipula o art. 67 da Lei:

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição. §1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

A forma de fiscalização se dará de acordo com cada contrato. Por vezes será possível a fiscalização apenas ao final dele.

A fiscalização, além de garantir o exato cumprimento do contrato, também visa inibir a participação na licitação de empresas que, sabendo que a administração não fiscaliza da maneira apropriada, participam do procedimento com o intuito de cumprir o objeto de forma aquém do apresentado em sua proposta, aumentando seu lucro ou tendo menos trabalho para executar.

#### 4.2.8 Aplicação de sanções administrativas pela inexecução do contrato

Por fim, outro aspecto importante é a necessária aplicação das sanções administrativas para aqueles que descumpriram regras em licitações anteriores, não foram capazes de executar integralmente a contratação anterior ou executaram de maneira incorreta.

Determina a Lei 8.666/93:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

A aplicação correta deste dispositivo inibe os licitantes de contratarem quando estão cientes da impossibilidade da execução. A Lei não estabelece as hipóteses de cabimento de cada sanção, ficando a critério da Administração a graduação das condutas e a sanção a ser aplicada, devendo, entretanto, ser guardada proporcionalidade entre a conduta e a sanção.

Não pode a Administração aplicar sanções pelo descumprimento de aspectos puramente formais ou que não reflitam na inexecução parcial ou total do contrato.

Quanto às sanções dos incisos III e IV, suspensão do direito de licitar e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar, a doutrina tem grande divergência quanto à extensão de seus efeitos.

Para José dos Santos Carvalho Filho, posição mais razoável, os efeitos das sanções devem ser sempre extensivos, ou seja, não podem ser limitados

ao ente que aplicou a sanção, mas se refletem em toda a Administração Pública, pois o contrário sujeitaria outra entidade federativa aos riscos de novo inadimplemento contratual.

## **5 ESTUDO DE CASO: O JULGAMENTO DO TCU NA CONTRATAÇÃO DE UNIFORME DA MARINHA DO BRASIL**

Com a finalidade de exemplificar a importância do Princípio da Eficiência e da preocupação com a qualidade da proposta ganhadora, por parte do gestor público, o presente trabalho apresenta as particularidades envolvidas na compra de Uniforme da Marinha do Brasil.

Trata-se de julgamento por parte do Tribunal de Contas da União em que se analisou a contratação de um macacão por parte da Marinha do Brasil, como componente de seu uniforme.

No procedimento licitatório, que objetivava a aquisição, por parte da Marinha do Brasil, de macacão operativo de combate, o edital estipulava que a gramatura do tecido da roupa que a Marinha pretendia adquirir deveria ser de 175 a 190 g/m<sup>2</sup>. O vencedor do certame, com a concordância da organização militar, foi a empresa Capricórnio S.A., que ofertou um macacão com gramatura do tecido de 203 g/m<sup>2</sup>, ao preço de R\$ 355,00 cada unidade.

Contudo, houve representação ao TCU por parte da empresa que ficou em segundo lugar no procedimento, pleiteando a anulação do certame, pois oferecia produto dentro das especificações do edital, mas pretendia cobrar o preço de R\$ 420,00.

A unidade técnica do TCU propôs a anulação do certame por ter havido a contratação de proposta fora das especificações do edital. Entretanto, o Departamento Técnico da Diretoria de Abastecimento da Marinha relatou que o produto era adequado “à finalidade a qual se destina, tanto no que se refere ao desempenho, quanto à durabilidade”.

Assim, concluiu o relator que o tecido ofertado “é mais grosso ou mais resistente que o previsto no edital”, não tendo havido afronta ao interesse público nem aos princípios licitatórios, pois o procedimento adotado pela Administração ensejou a aquisição de produto de qualidade superior ao desejado e por preço significativamente inferior ao contido na proposta da segunda classificada. Considerou, ainda, ser “improvável que a repetição do

certame com a ínfima modificação do edital [...] possa trazer mais concorrentes e gerar um resultado mais vantajoso...". Portanto, ficou assentado o entendimento de que:

É admissível a flexibilização de critério de julgamento da proposta, na hipótese em que o produto ofertado apresentar qualidade superior à especificada no edital, não tiver havido prejuízo para a competitividade do certame e o preço obtido revelar-se vantajoso para a administração [...] Acórdão 394/2013-Plenário, TC 044.822/2012-0, relator Ministro Raimundo Carreiro, 6.3.2013. (Informativo de Licitações e Contratos nº 142, Tribunal de Contas da União).

Vale também ressaltar parte do voto do relator no que toca à economicidade:

10. Outra circunstância a justificar a convalidação do certame são os indícios de sua economicidade. A diferença de preços entre a oferta da vencedora da licitação e a segunda proposta válida (R\$ 355,15 e R\$ 420,00) proporciona, em tese, uma economia à Marinha do Brasil de até R\$ 2.125.134,50, caso sejam adquiridos os 32.770 macacões previstos no termo de referência (peça 1, p. 145). De acordo com o COMRJ, essa diferença de preços permite a aquisição de "quase seis mil macacões a mais, que poderiam ser comprados com o mesmo valor global" (item 9 da instrução da Selog).

Neste caso a proposta contratada está fora dos limites do edital, mas ocasionando vantagem para a Administração Pública, por o produto adquirido era de melhor qualidade do que o pedido em edital.

Tendo em vista o ganho da Administração Pública com a oferta ganhadora, agiu bem o TCU em não anular o procedimento licitatório pois seria muito imprudente a anulação do certame sob o argumento que a proposta estava fora das especificações.

Neste caso a proposta ganhadora, além de ser a de menor valor, também era de qualidade superior ao das concorrentes e do que pedia o edital.

Portanto, a anulação, neste caso, viria a beneficiar apenas a autora da representação e não a Administração Pública.

Nota-se que no caso apresentado foi respeitado, ao mesmo tempo, o menor preço e a maior qualidade do produto, o que é totalmente desejável para um gestor comprometido com a eficiência na Administração Pública.

## CONCLUSÃO

Como visto, ao elencar os princípios básicos aplicáveis à Administração Pública a Constituição Federal procurou resguardar o erário de uma possível gestão danosa, a partir da idéia que administrar é gerir interesses segundo a lei, a moral e a finalidade dos bens entregues à guarda e conservação alheias.

Nessa ordem, após breve análise dos sentidos que se atribui à Administração, foram apresentadas as notas típicas dos princípios básicos explícitos da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, dando-se maior enfoque, neste momento, ao da publicidade, que impõe a transparência como marca registrada na gestão da coisa pública.

Provou-se que o desrespeito aos princípios constitui ato de improbidade administrativa tipificado na Lei nº 8.429/92 e que a improbidade deve ser entendida a imoralidade qualificada pelo enriquecimento ilícito, ou pelo desrespeito deliberado aos princípios jurídicos ou por todos.

Observadas as fases da licitação pública e verificado que o critério padrão de julgamento é o do menor preço, constatou-se que de fato tal critério pode ocasionar a contratação de baixa qualidade.

Portanto, deve o administrador, no intuito de contratar não apenas o produto mais barato, mas aquele que satisfaça os requisitos mínimos necessários para que haja o correto atendimento do interesse público com qualidade e satisfação.

Em suma, deve ser dada mais atenção ao procedimento licitatório e sua correta condução, não havendo como apontar exclusivamente as deficiências da lei e o critério do menor preço pelas más contratações realizadas pela Administração pública.

Também, no curso da execução do contrato, deve ser o administrador diligente, acompanhando a execução de perto, exigindo o exato cumprimento nos termos da proposta adjudicada, exercendo fiscalização apurada e comprometida, bem como aplicando as sanções cabíveis quando do descumprimento. Tomados esses cuidados, embora possam ocorrer, em

princípio, contratações mais caras, na verdade haverá uma economia a longo prazo, visto que deixará o administrador de realizar contratações duvidosas e não precisará repetir procedimentos licitatórios após contratações insatisfatórias, tendo garantida a qualidade das contratações e a satisfação do interesse público.



## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e dá outras providências;

\_\_\_\_. Constituição da República Federativa (1988), 18. ed. São Paulo; E. Saraiva, 1988;

\_\_\_\_. Lei 8.666 de 21 de junho de 1993

AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 34ª edição, 2011.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. O Princípio da Eficiência. Revista Eletrônica de Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, nov/dez 2005, jan 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 26ª Edição, 2013.

CRETELLA JUNIOR, José. Das Licitações Públicas. Rio de Janeiro: Editora Forense, 18ª edição, 2009.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. A qualidade na Lei de Licitações: o equívoco de comprar pelo menor preço, sem garantir a qualidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 38, 1 jan. 2000.

FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby. Sistema de registro de preços e pregão. Belo Horizonte: Forum, 4ª edição, 2011.

GASPARINI, Giógenes. Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 16ª edição, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 16ª edição, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Curso de Direito Administrativo, 7 ed. São Paulo, Malheiros, 2003

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

MORAES, Alexandre de Direito Constitucional Administrativo, 17 ed. São Paulo, Atlas, 2003.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas Licitações e Contratos. Belo Horizonte: Del Rey, 11ª edição, 2008.

MUKAI, Toshio. Novo Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo, 2ª edição.

SUNDFELD, Carlos Ari. A abrangência da declaração de inidoneidade e da suspensão de participação em licitações. Web Zênite. Doutrina - 240/169/mar/2008.

ZANELLA. Maria Sylvia Di Pietro, Direito Administrativo, 22ª edição, São Paulo – Ed. Atlas