

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE
JANEIRO CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
E ECONÔMICAS FACULDADE DE DIREITO**

**A OBTENÇÃO DE PRODUTOS DE QUALIDADE NA LICITAÇÃO NA
MODALIDADE PREGÃO**

PEDRO OLIVEIRA DE CARVALHO

Rio de Janeiro

2023

PEDRO OLIVEIRA DE CARVALHO

**A OBTENÇÃO DE PRODUTOS DE QUALIDADE NA LICITAÇÃO NA
MODALIDADE PREGÃO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Rafael Esteves Frutuoso.**

**Rio de Janeiro
2023**

CIP - Catalogação na Publicação

C331o Carvalho de Oliveira, Pedro
A Obtenção de Produtos de Qualidade na Licitação
na Modalidade Pregão / Pedro Carvalho de Oliveira.
- Rio de Janeiro, 2023.
80 f.

Orientador: Rafael Esteves Frutuoso.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2023.

1. Administração Pública. 2. Licitação. 3. Pregão.
4. Menor preço. 5. Aquisição de produtos de
qualidade. I. Esteves Frutuoso, Rafael , orient.
II. Título.

AGRADECIMENTOS

A esta Universidade Federal do Rio de Janeiro, em especial a Faculdade Nacional de Direito que com seu corpo docente, direção e administração proporcionaram a qualidade e excelência do ensino Público.

Ao meu orientador Professor Dr. Rafael Esteves Frutuoso.

A minha família pelo amor e incentivo incondicional.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha trajetória acadêmica, os meus agradecimentos.

RESUMO

O presente trabalho tem como tema a obtenção de produtos de qualidade na licitação na modalidade pregão. Nesse segmento, serão abordados os princípios norteadores do Direito Administrativo, previstos no art. 37 da Constituição: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, bem como a supremacia e indisponibilidade do interesse público. Além disso, serão abordados os princípios específicos, tanto do procedimento licitatório, com base na Lei nº 8666/1993, quanto do pregão, presentes na Lei nº 10.520/2002. Em seguida, será definida a licitação e suas modalidades. Posteriormente, um breve histórico da Lei do Pregão, as suas particularidades e finalidade, qual seja, a aquisição de bens e serviços comuns. Em continuidade, será trabalhado o impasse normativo e doutrinário entre aquisição de bens e serviços comuns de engenharia. Na sequência as especificações do pregão eletrônico, o tipo menor preço e sua obrigatoriedade. Por fim, com objetivo de investigar a viabilidade da exigência de padrões mínimos de qualidade na licitação tipo menor preço, será analisada a jurisprudência do Tribunal de Contas e, a título de exemplo, serão trazidos alguns estudos de caso.

Palavras-chave: Administração Pública; Licitação; Pregão; Menor preço; Aquisição de produtos de qualidade.

ABSTRACT

The present work has as its theme the procurement of quality products in the pregão bidding process. In this segment, the guiding principles of Administrative Law will be discussed, as set forth in art. 37 of the CRFB/88: legality, impersonality, morality, publicity, and efficiency, as well as the supremacy and unavailability of the public interest. In addition, the specific principles of both the bidding procedure, based on Law 8666/1993, and the pregão, present in Law 10.520/2002, will be addressed. Next, the bidding process and its modalities will be defined. Subsequently, a brief history of the Pregão Law, its particularities and purpose, which is the acquisition of common goods and services. The normative and doctrinal impasse between the acquisition of common engineering goods and services. Next, the specifications of the electronic Auction, the lowest price type and its mandatory nature. Finally, in order to investigate the feasibility of requiring minimum quality standards in the lowest price bidding, the jurisprudence of the Court of Auditors will be analyzed and, as an example, some case studies will be presented.

Keywords: Public Administration; Bidding; Auction; Lowest price; Acquisition of quality products.

LISTA DE ABREVIATURAS

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações

ART. – artigo

CPC/2015 – Código de Processo Civil

CRFB/88 – Constituição Federal

DOU – Diário Oficial da União

MS – Mandado de Segurança

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

SICAF – Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribuna de Justiça

TCU – Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	6
2. PRINCÍPIO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E DAS LICITAÇÕES	8
2.1. Princípio da Legalidade	8
2.2. Princípio da Impessoalidade	11
2.3. Princípio da moralidade	12
2.4. Princípio da publicidade	14
2.5. Princípio da Eficiência.....	15
2.6. Princípio da Supremacia do Interesse Público.....	17
2.7. Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público.....	19
2.8. Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório	20
2.9 Princípio do Julgamento Objetivo	21
2.10. Princípio da Adjudicação Compulsória	22
2.11. Princípio do Sigilo das Propostas	23
3. A LICITAÇÃO.....	24
3.1 Modalidades de licitação	28
4. O PREGÃO	32
4.1. Breve histórico do pregão: a Lei 10.520/2002.....	32
4.2. As peculiaridades do pregão	35
4.3. A finalidade do pregão.....	39
4.4. Os princípios gerais e específicos do pregão (justo preço, celeridade, oralidade)	40
4.5. Simulação do procedimento do pregão e suas Fases	41
4.6. Bens e serviços comuns e serviços comuns de engenharia	44
4.7. O pregão eletrônico.....	48
4.8. Os tipos de licitação	52
4.9. O tipo “menor preço”	55
4.10. Os parâmetros de qualidade no pregão e Especificações técnicas.....	59
4.11. A exigência de amostras	62
4.12. A exigência de padrões mínimos de qualidade dentro do contexto da licitação do tipo menor preço	64
5. CONCLUSÃO.....	68
6. REFERÊNCIAS	70

1. INTRODUÇÃO

A presente monografia se insere no campo do Direito Administrativo, sobretudo na área de licitações e contratos administrativos, tendo como objetivo realizar um estudo sobre a obtenção de produtos de qualidade no âmbito das licitações realizadas na modalidade pregão pelos órgãos da Administração.

A licitação existe como forma de a Administração Pública encontrar a proposta mais vantajosa para contratar e, conforme o art. 3º da Lei nº 8.666/1993, destina-se também a garantir o princípio constitucional da isonomia e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. A obrigatoriedade da realização do procedimento licitatório é correlata ao princípio da supremacia do interesse público, bem como ao princípio da indisponibilidade do interesse público.

Pretende-se demonstrar, nesta tese de monografia, a importância da obtenção de produtos de qualidade na licitação de modalidade pregão, necessária ao cumprimento dos princípios orientadores do Direito Administrativo e ordenadores da Licitações, dentre eles os princípios elencados no art. 37 da CRFB/88 e no art. 3º da Lei 8.666/1993, dos quais se destacam o princípio da eficiência, o princípio da indisponibilidade do interesse público e o princípio da supremacia do interesse público.

Com efeito, a utilização do critério de menor preço não significa que o pregão não deverá seguir padrões mínimos de qualidade. O edital deve descrever os atributos qualitativos indispensáveis do objeto da contratação, sob pena de não cumprir a finalidade da licitação, qual seja, a obtenção de bem ou serviço comum necessário ao funcionamento da Administração. A obtenção de um produto de menor preço não permite a obtenção de qualquer produto no menor preço ofertado: o produto deve atender aos parâmetros estabelecidos no edital, sendo indiferente a superação em pequena ou grande medida destes parâmetros, uma vez que o critério utilizado é o de melhor preço, e não o de melhor técnica. Desta forma, observa-se que a obtenção de produto de qualidade inferior àquela estabelecida como mínima no edital traduz-se em violação ao princípio da eficiência, indisponibilidade e supremacia do interesse público.

Para a elaboração do trabalho de monografia será feito, inicialmente, um estudo

introdutório dos princípios orientadores do Direito Administrativo e das Licitações. Em seguida, será realizada breve análise sobre as Licitações e a Lei nº 8.666/1993 e, após, análise extensa sobre o Pregão, a Lei nº 10.520/2002 e as demais legislações correlatas. Por fim, após caracterizar as peculiaridades do pregão, adentra-se a temática principal da monografia, qual seja, a obtenção de produtos de qualidade no âmbito da licitação de modalidade pregão e do tipo menor preço.

Para tal fim, tal como fica evidenciado pela linha de pesquisa adotada, será utilizado método hipotético-dedutivo, no qual é possível identificar um problema, bem como, é ofertada uma tentativa de solução provisória, uma conjectura, que passa a ser analisada para saber se é refutável, pelo processo denominado falseamento (MARCONI e LAKATOS, 2017, p. 95). Utilizou-se a metodologia qualitativa, de modo a aprofundar o conhecimento do objeto de estudo, com a análise da jurisprudência do Tribunal de Contas da União e estudos de caso, de modo exemplificativo.

2. PRINCÍPIO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E DAS LICITAÇÕES

O estado Democrático de Direito tem como corolário os princípios da legalidade, impessoalidade, isonomia. Neste tópico serão abordados os Principais princípios do Direito administrativo, constantes no art. 37 da CRFB/88 e no art. 3º da Lei 8.666/1993, são eles: legalidade da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dentre que lhes são correlatos (MELLO, 2013, p.525).

A esse respeito, Hely Lopes Meirelles (2016, p. 91-92) destaca que:

Os princípios básicos da administração pública estão consubstanciados em doze regras de observância permanente e obrigatória para o bom administrador e na interpretação do Direito Administrativo: legalidade, moralidade, impessoalidade ou finalidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, motivação e supremacia do interesse público. Os cinco primeiros estão expressamente previstos no art. 37, caput, da CF/88; e os demais, embora não mencionados, decorrem do nosso regime político, tanto que, ao lado daqueles, foram textualmente enumerados pelo art. 2º da Lei federal 19.784, de 29.1.99. Essa mesma norma diz que a Administração Pública deve obedecer aos princípios acima referidos. Pelo que nela se contém, tal norma, muito embora de natureza federal, tem verdadeiro conteúdo de normas gerais da atividade administrativa não só da União, mas também dos Estados e Municípios. Convém observar que a CRFB/88/88 não se referiu expressamente ao princípio da finalidade, mas o admitiu sob a denominação de princípio da impessoalidade (art. 37).

Dessa maneira, o direito administrativo é compreendido como ramo do direito público que tem por propósito, as regras e princípios que regem as atividades da Administração Pública, compreendidas como as não-jurispcionais ou legislativas, bem como seus meios, prerrogativas, controles, deveres e limites. (ARAGÃO, 2013, p. 85)

2.1. Princípio da Legalidade

Nesse âmbito, o princípio da legalidade apresenta imensa relevância diante do ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a sua definição e aplicação, as quais serão tratadas adiante. Além disso, cabe ressaltar que este princípio deve ser interpretado de maneira distinta a depender de seu titular, ou seja, para o cidadão o princípio da legalidade carrega um sentido, enquanto para a Administração Pública carrega outro, cujos são complementares.

A melhor definição do princípio da legalidade está positivada no art. 5º, II da CRFB/88

que institui que “*Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;*”. Insta salientar que neste artigo menciona-se a lei em sentido lato, ou seja, todas as fontes do Direito que compõem o ordenamento jurídico podendo ter como exemplo fontes como a doutrina e a jurisprudência.

Em complemento a definição constitucional, o art. 4º da lei de Licitações determina:

Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta Lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

Regra geral, podem se utilizar de tal proteção não apenas os participantes da licitação, mas também todos que tenham interesse em participar e aos quais tenha sido indevidamente negado acesso. (MELLO, 2013, p. 525).

Nessa perspectiva, a formação do vínculo contratual entre a Administração Pública e o administrado, não se estabelece de qualquer forma, ao exclusivo arbítrio dos contratantes. “*A igualdade jurídica dos administrados e o interesse público na obtenção das melhores condições contratuais se articulam na instituição constitucional do princípio licitatório -CF, art. 37, XXI.*” (MOREIRA NETO, 2014, p. 273).

José dos Santos Carvalho Filho (2019, p. 466) entende que a Constituição, em seu art. 37 deixou expresso quais princípios devem ser seguidos por todas as pessoas administrativas, de modo que condiciona a legitimidade da Administração Pública ao atendimento destes princípios. Tal artigo dispõe que “*A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade (...)*”.

No entanto, o princípio da legalidade deve ser interpretado de maneira diferente quando se trata de pessoas da administração pública, pelo fato de que a ação administrativa está prevista em lei, de modo que o administrador apenas pode optar por condutas determinadas pela lei. Mesmo quando a lei confere uma discricionariedade na conduta., ainda assim, a ação administrativa encontra limites legais, de forma a não configurar um cenário no qual “tudo que não é proibido é permitido”, tal como resta entendido na incidência deste princípio aos cidadãos.

Nesta linha, Henrique Savonitti Miranda (2005, p. 236) compara a atividade de um gestor privado com a de um gestor público e obtém conclusões no sentido de que o gestor de uma empresa privada está lastreado pela autonomia da vontade e princípio da legalidade no sentido de que este tem total liberdade na condução de seu empreendimento, já que “tudo que não é proibido é permitido”, de modo a permitir, inclusive, que conduza ruinosamente seu empreendimento, sem que terceiros consigam tomar relevantes atitudes legais para impedi-lo. Por outro lado, o gestor público não carrega total autonomia na condução, Hely Lopes Meirelles (2016, p. 90) acrescenta que na Administração Pública não existe a vontade pessoal nem a liberdade, assim, apenas é permitido agir dentro dos limites da legais.

O princípio da legalidade, ademais, se coloca como uma grande garantia dos gestores em face do poder público, uma vez que sua conduta se encontra subordinada à lei, ou seja, impende seguir as diretrizes legais, para que continue exercendo suas funções. Neste sentido, Carvalho Filho (2019, p. 94) afirma que “*havendo dissonância entre a conduta e a lei, deverá aquela ser corrigida para eliminar-se a ilicitude(...). Só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei*”.

Além disso, Maria Sylvia Di Pietro (2019, p. 863) acrescenta que mesmo que o administrador decida por atos que dilatam os direitos sociais existentes no corpo social na busca pelo aumento do bem estar da população, ainda assim, estará o administrador subordinado ao princípio da legalidade. De forma a apenas ser permitido que opte por caminhos previamente definidos pela lei, consagrando, assim, a igualdade entre os poderes. Isso porque o poder Executivo deverá agir dentro das regras geradas e fiscalizadas pelo poder Legislativo e, ainda, no caso de existência de controvérsias, no que tange à aplicação ou limites do ato administrativo, caberá ao poder Judiciário a eleição da interpretação ideal para dirimir a discordância, enquanto os três poderes estão sujeitos à Constituição Federal.

Dessa maneira, a legalidade abrange dois desdobramentos principais: (i) a supremacia da lei, uma vez que prevalece sobre os atos da Administração e (ii) a reserva de lei, visto que impede de formalização pela legislação, excluindo demais atos de cunho normativo. Por fim, a atividade administrativa deve se nortear pela maximização da Constituição, de modo a se basear em parâmetros de legalidade e legitimidade, inerentes ao Estado Democrático de Direito (ARAGÃO, 2013, p. 103-105).

2.2. Princípio da Impessoalidade

O princípio da impessoalidade atua como pilar do Direito Administrativo, aliado aos demais, presentes no art. 37 da CRFB/88. Existem autores, como Maria Sylvia Di Pietro (2017, p. 138), que o tratam como princípio da finalidade, uma vez que atua diretamente nas causas e consequências dos atos administrativos, os quais impreterivelmente devem estar em consonância com o interesse geral que prevalece no corpo social.

O teórico contratualista Thomas Hobbes (1651, p. 73) entendia que na transição do estado de natureza para o Estado Social, o homem abdicava de parte de sua liberdade para que o Estado lhe concedesse a ordem e vida, ou seja, a legitimidade de um estado está umbilicalmente conexas aos anseios tidos entre os individuais que cederam sua liberdade absoluta em prol da construção do Estado Social. Neste sentido, a relação do princípio da impessoalidade com os ensinamentos do teórico inglês estão no fato de que o Estado apenas existe para materialização do interesse público sem que este seja poluído por concepções individuais contrárias.

Insta salientar que o princípio da impessoalidade também privilegia a isonomia, uma vez que nasce, com este princípio, obrigação de tratamento impessoal cabendo distinções apenas quando a lei assim determina, José dos Santos Carvalho (2019, p. 94) entende:

O princípio objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica. Nesse ponto, representa uma faceta do princípio da isonomia. Por outro lado, para que haja verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, e não para o privado, vedando-se, em consequência, sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicados alguns para favorecimento de outros.

Portanto, o administrador ocupa a sua função com a cognição social de modo que seus atos devem sempre privilegiar o interesse comum, independentemente da existência de posição particular oposta ao requerido pelo corpo social, por parte do agente público.

Nesta acepção, concorda Maria Sylvia Di Pietro (2017, p. 137):

Se a lei dá à Administração os poderes de desapropriar, de requisitar, de intervir, de policiar, de punir, é porque tem em vista atender ao interesse geral, que não pode ceder diante do interesse individual. Em consequência, se, ao usar de tais poderes, a

autoridade administrativa objetiva prejudicar um inimigo político, beneficiar um amigo, conseguir vantagens pessoais para si ou para terceiros, estará fazendo prevalecer o interesse individual sobre o interesse público e, em consequência, estará se desviando da finalidade pública prevista na lei. Daí o vício do desvio de poder ou desvio de finalidade, que torna o ato ilegal.

Assim, sempre há uma finalidade geral que consiste na satisfação do interesse público e uma finalidade específica que seria o fim que a lei pretende atingir (ALEXANDRINO, 2011, p. 296).

Dessa maneira, o princípio da impessoalidade é empecilho à criação de tipo qualquer de favoritismo ou discriminação impertinente. Frisa-se que no processo licitatório, todos os licitantes devem ser tratados com absoluta neutralidade, alinhado ao princípio da isonomia, designa o princípio da igualdade de todos perante a Administração Pública (MELLO, 2013, p. 526).

Nota-se, portanto, a importância do princípio da impessoalidade para o bom andamento do Estado Democrático de Direito, principalmente no âmbito das contratações públicas, com o intuito de vedar arbitrariedades que, quando realizadas, apenas trazem benefício a uma pessoa ou a um grupo de pessoas. Por isso, indispensável ao procedimento licitatório.

2.3. Princípio da moralidade

Maria Sylvia Di Pietro (2017, p. 147) entende que a separação entre princípios é necessária comparando os conceitos de licitude e honestidade, partindo da premissa de que nem tudo que é lícito é honesto, ou seja, nem tudo que é legal é moral e por este fato é compreensível que haja a distinção destes.

Não obstante, é inegável que o conceito de moral é amplo e abre margem para um teor elevado de subjetividade, dificultando, assim, a aplicação do princípio tratado neste capítulo. Ao considerar que o corpo social é plural e composto por diferentes correntes que pensam de maneira divergentes e que, por esta razão, possuem conceitos de moralidade completamente distintos.

O princípio da moralidade administrativa impõe que os princípios éticos que coexistem na sociedade não devem estar ausentes na conduta do administrador, devendo sempre observar

a conveniência de seus atos, para que seja possível distinguir o que é honesto ou não (CARVALHO FILHO, 2019, p. 96).

Ato contínuo, de acordo com Augustin Gordilo (1982, p. 74-78), no corpo social existe uma administração paralela que seria oriunda de um “*parassistema jurídico-administrativo*” que institui procedimentos formais e informais, constituições formais e informais e organizações formais e informais que estaria presente em todos os setores da vida pública e privada permeando a existência de uma moral paralela. Sendo assim, esta moral paralela na administração pública seria prejudicial à honestidade e o único meio de superação deste cenário se refere a participação popular no controle da administração pública;

A moral administrativa se difere da moral comum no âmbito da sua aplicação, pois a moral administrativa é fruto de um conjunto de regras positivadas que buscam lastrear e legitimar a conduta do administrador, que fatalmente será analisando também partindo de pressupostos morais comuns. Este ponto se faz importante, tendo em vista que o direito deve se aderir ao corpo social na busca pelos requisitos de validade formal (vigência), validade social (eficácia) e validade ética (fundamento) tal como leciona Miguel Reale (1999, p. 105). Neste sentido, vislumbra-se que a moral comum não possui validade jurídica, diferentemente da moralidade administrativa que deve sempre ser buscada no ato administrativo ante sua positivação.

Salienta-se que mesmo em atos discricionários, o princípio da moralidade deve ser integralmente observado, neste sentido, a ausência de moralidade administrativa pode ter sanções penais, principalmente quando causam prejuízo ao erário, tal como regula a Lei 8.429/1992, a qual impõe requisitos para a configuração da ausência de probidade administrativa e suas respectivas cominações legais que podem recair sobre agentes públicos e até a terceiros que se valendo de ausência de moralidade, ocasione prejuízos ao erário.

O nepotismo é amplamente rejeitado pelo corpo social brasileiro, entretanto, ainda se faz comum no cenário administrativo. Desta forma, nota-se jurisprudência crescente no sentido da vedação à contratação de parentes para cargos públicos, embasada na violação do princípio da moralidade administrativa¹. Entretanto, em atenção à imposição legal, atos administrativos

¹ Brasil. Supremo Tribunal Federal. MS: 23780/MA, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 03/03/2006.

devem ser tomados para que o bem comum seja atingido e não para satisfazer vontades individuais, tendo em vista que o aparato estatal encontra sua legitimidade no povo e não em cidadãos específicos.

Ainda no âmbito do procedimento licitatório, tal princípio pressupõe o desenvolvimento, em consonância com padrões éticos, o que impõe, tanto para administração, quanto aos licitantes, condutas honestas. Especialmente no escopo da Administração pública, o princípio da moralidade se relaciona ao princípio da probidade administrativa. Destaca-se que o certame deve ser conduzido do início ao fim, em estrita obediência à moralidade, que envolve tanto os interesses de quem a promove, bem como a boa-fé e integridade no tratamento entre todos os licitantes. (MELLO, 2013, p. 529).

Ante o exposto, resta evidente a importância desse princípio, o qual objetiva que a conduta dos licitantes e dos agentes públicos tem de ser, além de lícita, compatível com a moral, a ética, os bons costumes e as regras da boa administração. Desse modo, objetiva à aceitação pelo corpo social, de forma a assegurar a legitimidade do administrador em função do Estado Democrático de Direito. Ademais, tal princípio se faz de observância obrigatória, especialmente na modalidade pregão, visto que o pregoeiro está adstrito aos princípios orientadores do Direito Administrativo, devendo agir conforme a moralidade, probidade e eficiência, visando à aquisição mais vantajosa à Administração Pública.

2.4. Princípio da publicidade

O princípio da publicidade é outro pilar do direito administrativo, visto que a função de administrar os recursos públicos demanda nível elevado de responsabilidade, bem como a necessidade de honestidade e transparência, a fim de que o bem comum seja materialmente atingido. Isso porque, os atos administrativos devem ser lastreados pelo maior nível de divulgação possível, pois, dessa maneira, torna-se possível a fiscalização dos atos de administração pelos cidadãos. Em sua doutrina, José Carvalho dos Santos (2019, p. 100) elenca instrumentos importantes que são inerentes à materialização deste princípio, para ele não existe publicidade sem que haja: a) o direito de petição o qual a permite que o cidadão pode acessar os órgãos administrativos para postular tal como garante a CRFB/88 Federal em seu art. 5º, XXXIV, “a”; b) As Certidões, que atestam a veracidade dos fatos tal como a CRFB/88 elenca em seu art. 5º, XXXIV, “b”; c) a ação administrativa ex officio de divulgações de interesse

público.

A Constituição Federal, em seu art. 1º, II, classifica a cidadania como fundamento do Estado Democrático de Direito, desta maneira, para que o cidadão seja capaz de exercer sua cidadania plena, é indispensável que tenha efetivo acesso à informação. No âmbito do Direito Administrativo, a Carta Magna impõe em seu art. 37, § 3º, II, o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo. Desta forma, é possível notar a relevância do presente princípio para o Estado Democrático de Direito, tal como a República Federativa do Brasil se propõe a ser.

No segmento da licitação, o princípio da publicidade impõe que os atos e termos licitatórios, inclusive a motivação das decisões, sejam divulgados de forma eficaz a todos os interessados. Ressalta-se um importante dever de transparência, em prol de todos os licitantes, bem como de qualquer cidadão (MELLO, 2013, p.528). A Lei 8.666/1993, em diversos dispositivos permite a fiscalização do certame por qualquer pessoa. Destaca-se os arts. 3º, §3 e 4º, categóricos ao dispor que a licitação não será sigilosa, devendo ser públicos e acessíveis seus atos e procedimento, ressaltando o conteúdo da proposta até sua posterior abertura e o direito de qualquer cidadão de acompanhar o certame.

Em outras palavras, tal princípio pressupõe que todo e qualquer interessado pode ter acesso às licitações públicas e ao respectivo controle, mediante divulgação dos atos praticados pelos administradores em todo procedimento de licitação. Evidencia-se, portanto, que o princípio da publicidade é substancial ao Estado Democrático de Direito, de modo que sem ele estaria aberta uma lacuna caliginosa, a qual afastaria do ato administrativo preceitos de transparência, indispensáveis à gestão de recursos públicos ou a prática de serviços públicos, custeados pelo cidadão.

2.5. Princípio da Eficiência

O princípio da eficiência ganhou *status* constitucional com o advento da Emenda Constitucional 19/1998 a qual inseriu no art. 37 da Constituição a obrigatoriedade da observância da qualidade do serviço prestado pelo ente estatal em suas atividades. Visto que naquele lapso histórico havia clara insatisfação do corpo social com os serviços oferecidos pela Administração Pública, neste sentido, Alexandre Mazza (2018, p. 203) classifica como

importantes os conceitos de economicidade, redução de desperdícios, qualidade, rapidez, produtividade e rendimento funcional para que o princípio evidenciado seja materializado.

Cabe destacar a diferenciação dos valores entre o setor público e setor privado para que seja avaliada a eficiência do serviço prestado. Sendo assim, é inerente ao setor privado a busca pelo lucro, fator esse que não é vislumbrado entre os entes públicos, logo, o princípio da eficiência deve ser observado obrigatoriamente em consonância com os demais princípios do direito administrativo, não podendo se confundir com o fim buscado pelas entidades privadas. Assim, cabe ao administrador público a busca pelos melhores resultados através da aplicação da lei. Este ponto de vista encontra raízes no art. 116 da Lei n. 8.112/90 a qual traz ao ordenamento jurídico deveres do servidor público que quando observados culminam na materialização do princípio da eficiência quais sejam atender com presteza o público em geral (inciso V) e zelar pela economia material, nos termos do inciso VII da referida norma (MAZZA, 2018, p. 204).

É inquestionável que as diferentes atividades estatais demandam diferentes interpretações do princípio da efetividade, por este fato, Celso Spitzcovsky (2018, p. 90) enumera diferentes atividades e suas respectivas formas de materialização deste princípio, dentre estas pode-se citar como exemplo o concurso público que deve obrigatoriamente escolher os candidatos mais eficientes ou até mesmo a posse que deve se dar somente para aqueles que estejam aprovados em concursos de modo a preencher as exigências dos arts. 13 e 14 da Lei n. 8.112/90.

Ressalta-se que o princípio da efetividade não traz efeitos apenas ao serviço público que é prestado ao corpo social, este princípio constitucional deve ser observado também em todos os serviços administrativos internos das pessoas federativas e a elas vinculadas (Carvalho, 2018, p. 106). Assim, é dever da Administração Pública utilizar todas as ferramentas, dentro da reserva do possível, com o ânimo de oferecer ao governado a qualidade total na execução do serviço oferecido.

No entanto, atualmente, nota-se um contraponto no sentido de que, ao mesmo tempo que é imprescindível a observância das prioridades do administrador público e seu recurso financeiro, é essencial, também, que o princípio constitucional da eficiência seja observado mesmo quando se encontram barreiras orçamentárias fáticas. Sobre este assunto, Hely Lopes

Meirelles (2016, p. 106) acrescenta que “*Nos conflitos entre o particular e a Administração Pública a resolução consensual também deve ser buscada no sentido de atender o princípio da eficiência por ensejar, em menor tempo e custo, solução para o conflito , assim, segurança jurídica.*”

Portanto, todo servidor público deve ter suas ações lastreadas pelo princípio da eficiência, nesta toada, José dos Santos de Carvalho (2018, p. 107) aduz que o termo “eficiência” para o Direito Administrativo se difere dos termos “eficácia” e “efetividade”, em seu modo de ver a eficiência está intimamente ligada ao modo pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa, qual seja, materializado na conduta dos agentes enquanto a eficácia tem seu valor embasado em meios e instrumentos usados pelos agentes. A efetividade, por sua vez, é observada diretamente nos resultados atingidos pelas incisões administrativas.

Nessa mesma linha, o princípio visa a substituir a administração pública burocrática pela Administração Pública gerencial (PEREIRA, 2008, p. 29). Com efeito, a eficiência não pode ser classificada exclusivamente sob a perspectiva econômica, uma vez que a Administração Pública deve considerar outros aspectos igualmente essenciais: qualidade, durabilidade, segurança, confiabilidade, universalização (ARAGÃO, 2013, p. 110-111), em prol da supremacia do interesse público, objetivando a aquisição mais vantajosa à Administração.

2.6. Princípio da Supremacia do Interesse Público

O princípio da supremacia do interesse público é de observância obrigatória com força na Lei 9.784/99 sendo entendido como “*atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competência, salvo com autorização em lei*” (Art. 2º, parágrafo único, II da lei 9.784/99). Este princípio apresenta raízes vinculadas ao princípio da finalidade e também no fato de que o que legitima o Estado é a vontade popular assim como as lições trazidas por Thomas Hobbes (1651, p. 73). Além disso, é do princípio da supremacia do interesse público que decorre o princípio da indisponibilidade do interesse público (MEIRELLES, 2016, p. 112), o qual será tratado posteriormente.

O referido principio declara a superioridade do interesse da coletividade, afirmando sua

prevalencia sobre o particular como condição, inclusive, da sobrevivencia e salvaguarda deste. É premissa de uma ordem social estável, em que todos possam se sentir seguros. No escopo da Administração Pública, deste principio advem os principios subordinados (i) posição privilegiada do órgão incubido de proteger o interesse publico e (ii) posição de uspremacia do órgão (MELLO, 2008, p. 69-70).

Assim, visando ao bom funcionamento do aparato estatal, bem como sua legitimidade, é vital que o interesse público seja sobreposto ao interesse particular. Isso porque o interesse o público é um conjunto de interesses particulares, logo, cabe ao ente estatal governar para a coletividade. Neste sentido, o princípio classifica-se como uma condição de subsistência de qualquer grupo social a imposição do interesse público em face do particular, ademais, entende-se que apenas existe a supremacia do interesse geral sobre os individuais, tendo em vista que o interesse patrimonial do Estado não possui nenhum tipo de supremacia diante o interesse particular (MAZZA, 2019, p. 153).

Segundo o princípio, quando um interesse privado fosse de encontro ao interesse público, deve haver a prevalência do interesse publico. *“Realizar o melhor interesse público é, na verdade, atuar de forma prospectiva em favor da satisfação dos direitos fundamentais dos administrados.”* (ARAGÃO, 2013, p. 189). Frisa-se que o Estado possui diversas prerrogativas que garantem sua atuação, dentre elas, pode-se citar o prazo processual em dobro para atos do processo judicial como contestação e recurso conferido pelo art. 183 do CPC/2015, além deste, há também a possibilidade de rescisão unilateral de contratos administrativos e, inclusive, a impenhorabilidade de bens públicos.

Uma discussão acerca deste tema é a possibilidade de que os Direitos e Garantias Fundamentais, positivados no quinto artigo da CRFB/88, enfraquecerem a aplicação do princípio da supremacia do interesse público. Em contrapartida, , *“A existência de direitos fundamentais não exclui a densidade do princípio. Este é, na verdade, o corolário natural do regime democrático, calcado, como por todos sabido, na preponderância das maiorias.”* (CARVALHO FILHO, 2019, p. 110). Dessa forma, a interferência no presente princípio significaria uma interferência direta nos pilares da democracia.

A jurisprudência é uníssona no sentido da garantia da supremacia do interesse público em face de atos administrativos, principalmente quando se trata de licitações, sobre este tema o

acórdão 11211/2021 do TCU relembra:

“(…) dar ciência ao Inmetro, com fundamento no art. 9º, inciso I, da Resolução-TCU 315/2020, de que a desclassificação de propostas que apresentem erros formais, a exemplo de custo unitário contendo salário de categoria profissional inferior ao piso estabelecido em normativo negociado, sem que seja dada antes oportunidade ao licitante de retificar o erro, contraria o princípio do formalismo moderado e a supremacia do interesse público que permeiam os processos licitatórios”

Dessa maneira, conclui-se que o interesse público deve prevalecer em detrimento do interesse particular. Como expressão dessa supremacia, a Administração Pública, representante do interesse público, deve, por meio da realização de processo licitatório, contratar bens e serviços, nos termos da lei e da Constituição, em benefício da coletividade.

2.7. Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público

Inicialmente é primordial explicar que a função do administrador não passa em momento nenhum pela posse do bem público, sendo assim, os bens e interesses públicos devem ser geridos, conservados e administrados pelo agente público responsável naquele lapso temporal, no qual aquele agente está encarregado pelo bem público.

Nesse âmbito, o princípio da Indisponibilidade do Interesse Público se relaciona com a ideia de que os bens e interesses públicos não estão e nem estarão, em momento nenhum, possuídos pelo agente público, a este cabe apenas a administração e conservação do bem. Neste sentido cabe frisar que o manejo dos bens públicos deve, obrigatoriamente, se dar na forma da lei, tendo em vista que estes não estão à disposição dos administradores, os quais atuam em nome de terceiros. Portanto, os agentes públicos não devem atuar conforme seu interesse pessoal, mas sim, pela vontade da lei não devendo de modo algum renunciar aos poderes que a norma legal os confere, isso porque, os agentes públicos não são os titulares do interesse que defendem (MAZZA, 2019, p. 156).

Por outro lado, deve-se conceituar o termo “interesse público” para que só assim seja possível dissertar sobre sua indisponibilidade (Marinela, 2015, p. 76). Neste sentido, o interesse público se mostra como “*o interesse resultante do conjunto de interesse que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.*” (MELLO, 2009, p.569). Assim, o interesse público seria, portanto,

estabelecido após a união de interesses individuais que podem ser observados nas diferentes classes da sociedade enquadrados no ordenamento jurídico vigente.

Ademais, cabe a divisão entre (i) interesses públicos primários, os quais são estabelecidos através de interesses individuais do corpo social e (ii) os interesses públicos secundários que seriam estabelecidos levando em consideração os interesses do Estado, considerando-o como pessoa jurídica. Todavia, os interesses estatais apenas podem ser considerados quando são convergentes com os interesses públicos primários (MARINELA, 2015, p. 110).

Destarte, é possível inferir que o princípio da indisponibilidade do interesse público possui uma função limitadora da atuação do agente público, tendo em vista que a materialização deste princípio traz como consequência que o agente não observe os valores pessoais no caso concreto, observando somente o que o ordenamento jurídico impõe que o faça, para que desta maneira, os fins objetivados pela lei sejam alcançados no serviço prestado. Ademais, a aplicação deste princípio nas licitações se faz vital para evitar máculas no processo licitatório, como por exemplo, a escolha por uma empresa sem credibilidade ou que não siga parâmetros legalmente impostos, sob pena de prejuízos ao erário.

2.8. Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório

O processo licitatório pressupõe diversos instrumentos que o guiam desde sua gênese até a sua extinção, dentre estes é possível destacar o princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório. O referido princípio agrega a segurança jurídica buscada pelo ordenamento, bem como saneia a licitação de modo a garantir o cumprimento do que foi pactuado anteriormente.

O princípio ordena a Administração a respeitar rigorosamente as regras que haja previamente estabelecido para disciplinar o certame, nos termos do art. 41 da Lei 8.666 (MELLO, 2008, p. 529). Uma vez que qualquer discricionariedade deixada pela lei deve ser exercida apenas no momento da elaboração do edital, sem deixar para a Comissão de Licitação margens para interpretação, em atenção ao princípio da legalidade (ARAGÃO, 2013, p. 563).

Ressalta-se que o Edital ou a Carta Convite é o documento concreto que irá definir as regras que o Administrador deverá seguir na licitação, seu conteúdo conta com pontos

significativos como a remuneração, o objetivo da licitação, o objeto e também todos os direitos e deveres conferidos tanto ao licitante, quanto ao licitador.

Nesta perspectiva, a força do instrumento convocatório se encontra positivada no art. 41 da lei 8.666/1993 e se mostra uma consequência do devido processo legal, este artigo, por sua vez, dispõe que é vedado o descumprimento de normas e condições presentes no edital ao qual se acha estritamente vinculada tendo em vista que este descumprimento configuraria um grave ataque a legalidade do certame (OLIVEIRA, 2018, p. 33).

O princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório semeia a existência do Estado Democrático de Direito, tendo em vista que a segurança jurídica é um elemento indispensável para sua salvaguarda. Dessa maneira, a segurança jurídica está ligada a uma das mais profundas aspirações do homem que é a segurança individual, sem a segurança jurídica não se faz possível a segurança individual, a qual é algo intuitivamente buscado pelo homem. Portanto, para que o pacto social seja válido no corpo social cabe ao Estado fornecer ao seu cidadão as condições básicas para sobrevivência (MELLO, 2008, p. 124).

Assim, o princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório é, ao mesmo tempo, um direito e um dever, tanto ao Estado quanto ao Particular, que concordaram com o edital, contribuindo assim, para realização da licitação e para materialização da segurança jurídica.

2.9 Princípio do Julgamento Objetivo

Inicialmente cabe frisar que a relevância do princípio do julgamento objetivo, cujo pressupõe a importância do princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, com fulcro no art. 45 da lei 8.666/1993, o qual regulamenta o art. 37 inciso XXI da CRFB/88 , de modo a dispor sobre os contratos que cabem à Administração Pública, bem como as licitações. O julgamento objetivo tem seu embasamento presente no critério determinado no edital e nos termos específicos da proposta, além disso, faz-se presente em toda licitação e determina que o julgamento deve ocorrer apoiado em fatores concretos pedidos pela Administração confrontados pelo ofertado dentro dos limites do edital ou carta convite (MEIRELLES, 2012, p. 295-296).

Ato contínuo, o princípio do Julgamento Objetivo tem como principal finalidade a

minimização da discricionariedade na escolha das propostas, caminhando, assim, no mesmo sentido do princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, cujo dispõe que o bem ou interesse público não é de posse do administrador.

Nesse aspecto, “*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. Esta preocupação está enfatizada no art. 45 da lei*” (MELLO, 2008, p. 529).

A aplicação deste princípio é indispensável, tendo em vista que é necessário que todas as partes envolvidas no processo licitatório tenham ciência total dos detalhes e regras que deverão ser observadas naquele caso específico devendo estar claro os critérios no instrumento convocatório de modo que a ausência de clareza pode, inclusive, ensejar uma nulidade (GASPARINI, 2012, p. 546). Não obstante, não cabe, a nível exemplificativo, a escolha pela proposta de melhor técnica se no edital está expressamente previsto que a seria escolhida a proposta de melhor preço e assim sucessivamente (CARVALHO FILHO, 2010, p. 227).

O TCU compactua com o entendimento prevalecente na doutrina, isso resta evidente no julgado 080063420091 pelo relator Valmir Campelo:

“A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada (art. 41 da lei 8.666/93). No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar normas e princípios estabelecidos pela Lei de Licitações e Contratos (art. 44 da Lei 8.666/93). O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de Licitação ou o responsável pelo convite realiza-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 a sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle (art. 45 da Lei 8.666/93).”

Dessa forma, conclui-se que a discricionariedade da administração ao adotar um critério de julgamento é limitada pelo apelo à objetividade no procedimento licitatório (ARAGÃO, 2013, p. 565).

2.10. Princípio da Adjudicação Compulsória

O princípio do Direito Administrativo da adjudicação compulsória versa diretamente

sobre o objeto do presente estudo, levando em consideração que a incidência se faz diretamente no processo licitatório. Além disso, o princípio discutido neste capítulo, complementado pelos demais já tratados anteriormente, contribui no sentido do aumento da segurança jurídica, pois propicia a procedência da expectativa legítima, bem como determina que o Administrador cumpra com os termos atinentes ao processo licitatório.

Após a realização da homologação, tem-se a adjudicação, que é a vinculação do objeto da licitação ao licitante vencedor pela autoridade superior (ARAGÃO, 2013, p. 608). Não pode existir licitação homologada não adjudicada ao seu vencedor. Apesar de a homologação e a adjudicação serem fases distintas, são atos que se complementam e se interligam (JUSTEN FILHO, 2005, p.167).

A definição do princípio da Adjudicação Compulsória passa pela necessidade de que a adjudicação seja obrigatória ao vencedor da licitação, ou seja, o Estado não possui escolha após a definição vencedor do processo licitatório, está, portanto, vinculado à atribuir o objeto da licitação ao escolhido.

Idealmente o princípio atua no sentido de que é sim possível anular, revogar ou adiar um contrato hipotético, mas para tal, devem estar presentes motivos que justifiquem a atitude. Sendo assim, é vedado, desde que válida a adjudicação, a revogação ou protelamento do processo licitatório sem que haja justa causa. Portanto, apenas administração pode levar o procedimento a seu termo e a adjudicação só pode ser feita ao vencedor (DI PIETRO, 2020, p. 385).

Isto posto, o princípio visa a impedir que o objeto licitado seja atribuído a outro licitante, que não o vencedor. Após a adjudicação, tem-se o fim do certame com a contratação. Assim, é notória a necessidade de observância, pelo Administrador, do princípio com fito de salvaguardar a segurança jurídica do início ao fim do processo licitatório.

2.11. Princípio do Sigilo das Propostas

O princípio do sigilo das propostas tem como principal fim a proteção da concorrência, gerando fatores positivos para todas as partes envolvidas no processo licitatório. Este princípio encontra uma de suas raízes na Lei de Licitações em seu art. 43, § 1º o qual institui que a

abertura dos envelopes deve ser realizada em ato público previamente designado, no qual deve haver ata assinada pelos licitantes e pela comissão, garantindo, assim, a concorrência entre os licitados, bem como a segurança do processo licitatório, de modo a materializar sua probidade.

A violação deste sigilo causa anomalias ao processo de licitação gerando desequilíbrios e, por este motivo, trata-se de um crime com pena de detenção de dois a três anos e aplicação de multa com fulcro no art. 94 da Lei de Licitações. No entanto, impende destacar que a aplicação deste princípio apenas faz sentido até a abertura dos envelopes, sendo assim, a partir desse momento, passa a imperar o princípio da publicidade, visto que há um evidente interesse público circunstanciando o certame. Observa-se um choque entre os dois princípios, mas que pode ser facilmente dirimido pelo fator temporal, tendo em vista que a aplicação de cada um apenas faz sentido em determinado momento do processo licitatório.

A Lei prevê alguns casos específicos nos quais pode ser admitido a quebra de sigilo das propostas, algumas das hipóteses passam pela atuação das empresas em conluio, desfavorecendo o Estado e, também, no favorecimento de certa empresa por um agente administrativo. Além disso, há a previsão da quebra do sigilo diante de uma licitação na qual participam da licitação duas empresas diferentes, mas que possuem o mesmo sócio.

O princípio do sigilo da proposta se coloca, portanto, como *“relevante, tendo conexão com o princípio da probidade administrativa e da igualdade. É em razão disso que as propostas devem vir lacradas e só devem ser abertas em sessão pública previamente marcada (v. art. 43, § 1º, do Estatuto)”* (CARVALHO FILHO, 2010, p. 394).

3. A LICITAÇÃO

A Administração Pública no exercício das atividades de gestão pública celebra, frequentemente, variados contratos com pessoas de direito público e direito privado. No entanto, não dispõe de ampla liberdade para adquirir, alienar, locar bens, contratar a execução de obras ou serviços, tendo em vista que são operados por meio de recursos públicos.

Desta maneira, no exercício de sua atividade multifacetada e complexa, com fito do Interesse Público (CARVALHO FILHO, 2019, p. 464), incube a Administração prestar contas

e observar uma série de princípios e procedimentos legais, objetivando que a gestão pública aplique de maneira eficiente o orçamento disponível para manutenção de bens e serviços, utilizando os recursos públicos da forma mais vantajosa, com o menor gasto e a melhor qualidade.

Nesse sentido, o art. 37, inciso XXI, da CRFB/88 determina que os contratos administrativos sejam precedidos de licitação:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

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.

Nessa perspectiva, para conceituar licitação é necessário estabelecer dois elementos quais sejam: (i) a natureza jurídica do instituto, em outras palavras, como se dá sua inserção do âmbito jurídico (ii) *“própria ratio essendi desse instrumento”*, o objetivo a que se dirige. Assim, pode ser entendida como procedimento administrativo vinculado através do qual os entes da administração pública selecionam a melhor proposta, com dois objetivos: a celebração de contrato ou a obtenção do melhor trabalho técnico ou científico (CARVALHO FILHO, 2019, p. 467).

Por sua vez, Justen Marçal Filho (2005, p. 308) especifica:

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção da proposta de contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.

Nesse sentido, a licitação se configura como um procedimento administrativo por constituir uma série de atos preparatórios e jurídicos ordenados, que permitem aos particulares interessados apresentarem-se perante a Administração Pública, competindo entre si em condição de igualdade. O objetivo deste procedimento é garantir a execução efetiva dos princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência na atuação da Administração, garantindo-

se, ainda, a concretização do interesse público.

Rafael Carvalho Rezende de Oliveira (2020, p. 591) leciona:

Licitação é o processo administrativo utilizado pela Administração Pública e pelas demais pessoas indicadas pela lei, com o objetivo de garantir a isonomia, selecionar a melhor proposta e promover o desenvolvimento nacional sustentável, por meio de critérios objetivos e impessoais, para celebração de contratos.

Em regra, as normas referentes às licitações e aos contratos da Administração Pública estão contidas na Lei nº 8.666/1993, Lei de Licitações, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da CRFB/88 Federal. Mas também outros diplomas são aplicáveis, de acordo com a entidade administrativa contratante ou o tipo de atividade explorada, assim como a Lei nº 8.987/95 e a Lei nº 10.520/02 (Lei do Pregão).

Cabe salientar que, nos termos do art. 22, XXVII, CRFB/88, compete privativamente à União legislar sobre 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, e para empresas públicas e sociedades de economia mista. O Distrito Federal e os Municípios possuem competência residual e supletiva para legislar sobre a matéria.

O procedimento licitatório também é disciplinado por atos administrativos normativos, como o ato convocatório, que define o objeto e as condições, estabelece pressupostos de participação e fixa regras para o julgamento da proposta que deve ser a mais vantajosa em aspecto de qualidade e onerosidade, respeitando princípios norteadores do sistema jurídico, principalmente o princípio da isonomia.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2020, p. 667) ainda salienta que o procedimento licitatório é um processo submetido por ente público no exercício da função administrativa, visto que mesmo as entidades privadas, ainda que tenham personalidade jurídica de direito privado, se estiverem em exercício da função pública, submetem-se à licitação. Isso quer dizer que o diploma legal se aplica aos órgãos da Administração Direta, os fundos especiais, as autarquias e fundações públicas, as empresas públicas e sociedades de economia mista, bem como demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Nesse aspecto, licitação é o processo por meio do qual a Administração Pública outorga a terceiros pessoas pela lei indicadas, com o plano de garantir a isonomia, escolher a melhor proposta e propiciar o desenvolvimento nacional e sustentável, por meio de critérios e parâmetros objetivos e impessoais, para celebração de contratos (OLIVEIRA, 2020, p. 591). Assim, o art. 3º da Lei 8.666/1993 dispõe acerca dos objetivos da licitação: (i) garantir a observância do princípio constitucional da isonomia; (ii) selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração; e (iii) promover o desenvolvimento nacional sustentável.

Nessa estrutura, como sabido, a Lei nº 8666/1993, regulamenta o art. 37, XXI da CRFB/88, e institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. A referida Lei foi aprovada após intensa discussão no Congresso Nacional, a conjuntura anterior deixava muito a desejar à Gestão Pública. A Lei estabelece vedações quanto admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocações, cláusulas que comprometam a competitividade. Ainda, proíbe o tratamento diferenciado entre empresas brasileiras e estrangeiras, em obediência ao princípio da isonomia. O instituto traz definições e regulamentação de obras, serviços, compras, alienação, execução direta e indireta, seguro-garantia, contratante, contratado, projeto (básico e executivo), imprensa pública, comissão, modalidades, fases e tipos de licitação e, ainda, casos de dispensa de licitação.

Ante o exposto, entende-se por licitação desde a abertura até o encerramento, podendo dividi-la nas fases a seguir: (i) edital, ato por meio do qual os interessados são convocados e onde são estabelecidas as condições que irão coordenar o certame; (ii) habilitação é o ato em que são admitidos os proponentes aptos; (iii) julgamento ato pelo qual são classificadas as propostas admitidas; (iv) homologação em que é realizado o exame de regularidade do procedimento antecedente; (v) adjudicação ato por meio do qual é selecionado o proponente que apresentou a proposta mais vantajosa à Administração. (MELLO, 2008, p. 573)

Por fim, com o fito de otimizar os processos licitatórios, foi promulgada a Lei nº 14.133/2021 “Lei de Licitações e Contratos administrativos” que entrou em vigor na data de sua publicação em 01º de Abril de 2021. A Nova norma trouxe importantes mudanças, como exemplos, a exclusão de modalidades, inversão de fases e priorização do uso eletrônico. No entanto, conforme disposição do art. 191 da referida lei, esta conviverá por dois anos com as leis que compõem o regime antigo, quais sejam: A Lei nº 8.666/1993 e a Lei nº 10.520/2002, cujas são objeto do presente trabalho. Dessa forma, constata-se dois anos de convívio entre os

regimes antigo e novo de licitação e contratação.

3.1 Modalidades de licitação

“A licitação, como processo administrativo, contém em si um procedimento, ou seja, uma sucessão ordenada de atos. Mas esse procedimento pode variar de acordo com uma série de circunstâncias”. Essas distinções no procedimento de licitação intitulam-se modalidades da licitação (ARAGÃO, 2013, p. 610). Nesse âmbito, a modalidade é o procedimento a ser utilizado pela Administração para a aquisição de bens e serviços.

A licitação apresenta as seguintes modalidades, constantes no art. 22, incisos I a V da Lei 8.666/1993: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. Posteriormente, apesar da vedação em seu art. 22, §8, quanto à criação de outras modalidades de licitação ou a combinação delas, o pregão é entendido como a sexta modalidade de licitação (DI PIETRO, 2017, p. 501), acrescida pela Lei 10.520/2002. *“Licitação, portanto, é o gênero, do qual as modalidades são espécies.(...) As nossas espécies de licitação têm características próprias e se destinam a determinados tipos de contratação”* (MEIRELLES, 2018, p. 272), consoante será tratado a seguir.

Concorrência é a primeira modalidade prevista no artigo 22 do Estatuto (art. 22, I). É mais adequada para grandes contratações em que há um expressivo dispêndio de recursos financeiros ou em determinados contratos a depender de sua natureza. Nos casos de obras e serviços de engenharia, faz-se uso da concorrência quando o preço excede o montante de R\$ 3.300.000,00 (art. 23, I, c) e acima de R\$ 1.430.000,00 nos casos de compras e serviços (art. 23, II, c). Esses valores não são inteiramente fixos. Poderão ser majorados nos casos de consórcios públicos, sendo duplicados quando até três entidades federativas fizerem parte ou triplicados quando mais de três entidades federativas compuseram o consórcio. Poderá, ainda, haver a atualização desses valores pelo Poder Executivo para adequar aos preços praticados no mercado (art. 120). Carvalho Filho (2019, p. 286) defende ser o decreto o instrumento mais adequado para a atualização.

Além de apresentar os valores mais altos para a contratação, a concorrência é, das modalidades de licitação, aquela que apresenta maior rigor formal e exigência de ampla

divulgação para a participação de todos quantos estiverem interessados na contratação. Será sempre exigível uma fase inicial de habilitação preliminar, em que ocorre a análise das condições de cada participante inscrito. Será exigida a modalidade de concorrência também nos casos em que a natureza do contrato assim exigir. É o caso da aquisição ou alienação de bens imóveis, muito embora a lei tenha admitido a modalidade de leilão, quando a aquisição se originar de procedimento judicial ou de dação em pagamento (art. 19 Lei 8.666/1993), quando o certame tem cunho internacional, e quando pretende celebrar contrato de concessão de direito real de uso (CARVALHO FILHO, 2019, p. 286).

A Lei 11.284/2006 exigiu, em seu artigo 13, §1º, tal modalidade nos casos de contratação de concessões florestais. Admitiu-se por exceção a tomada de preços, quando haja cadastro de empresas estrangeiras, e o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no país (art. 23, §3º). O inciso II do artigo 22 do Estatuto traz a hipótese da tomada de preços. Diferente da concorrência em que se exige uma ampla publicidade com a participação de todos os interessados na contratação, a tomada de preços se dá apenas entre os interessados previamente cadastrados nos registros dos órgãos públicos e pessoas administrativas, ou que atendam a todas as exigências para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas (art. 22, §2º, Lei 8.666). Vale mencionar que serão cadastrados apenas aqueles que demonstrarem atender as condições exigidas nos artigos 27 a 37.

Uma vez que a publicização é menos exigível para a tomada de preços, o seu rigor na forma de seus procedimentos da mesma forma será mitigado. Isso porque a grandeza monetária nas contratações a que se destina é de médio porte. As obras e serviços de engenharia deverão estar entre R\$ 330.000,00 e R\$ 3.300.000,00 (art. 23, I, b) e as compras e serviços diversos apresentarão preços entre R\$ 176.000,00 e R\$ 1.430.000,00 (art. 23, II, b). Outra diferença notável entre tomada de preços e concorrência está na habilitação. Enquanto na tomada de preços a habilitação ocorre de forma prévia, no momento da inscrição nos registros cadastrais, ela se dá de forma autônoma em cada certame, quando a modalidade adotada for a da concorrência.

Há, ademais, a possibilidade, prevista no § 3º, de ser adotada tomada de preços, nas licitações internacionais, desde que o órgão ou entidade disponha de cadastro internacional de fornecedores e sejam observados os limites do artigo 23, estabelecidos para essa modalidade de licitação. A tomada de preços e o convite são selecionados em razão dos valores estabelecidos

no artigo 23, incisos I e II, com a observação constante no § 4º: nos casos em que couber convite, a Administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência (DI PIETRO, 2020, p. 826-827).

Seguindo o art. 22, encontra-se em seu terceiro inciso a modalidade de convite. Nesta modalidade, no mínimo três interessados do ramo pertinente a seu objeto, selecionados e convidados pela unidade administrativa, além disso, podem participar os que estiverem cadastrados na especialidade e demonstrarem interesse com antecedência de 24 horas da apresentação das propostas, consoante art. 22, §3 (DI PIETRO, 2020, p. 826).

De todo modo, quando houver mais de três interessados na praça, a carta-convite não pode ser enviada apenas para as mesmas pessoas. Quando da realização de um novo convite, a carta-convite deverá ser endereçada a, ao menos, mais um interessado, enquanto houver cadastrados não convidados nas últimas licitações (art. 22, §6º). Ressalta-se que o convite é a única modalidade licitatória na qual a lei não exige a publicação por edital, visto que há a realização por escrito da convocação, com antecedência de cinco dias úteis (art. 21, §2, IV), via Carta-convite.

Dentre as cinco modalidades previstas no rol do artigo 22, o convite é a que prevê menor formalismo, já que se destina a contratações com menos encargo financeiro. Será de até R\$ 330.000,00 para obras e serviços de engenharia (art. 23, I, a), e até R\$ 176.000,00 para compras e serviços de outra natureza (art. 23, II, a), segue, ainda, a mesma previsão no caso de consórcios públicos (art. 23, §8º).

Como quarta modalidade prevista no artigo 22 da Lei 8.666 está o concurso. Não se deve confundir “concurso”, modalidade de licitação, com concurso público, muito embora os dois se aproximem em aspectos gerais, como sendo um procedimento administrativo que visa a garantir a efetivação dos princípios da moralidade e impessoalidade na Administração Pública e até mesmo da eficiência, ao se assegurar que os selecionados sejam aqueles que melhor cumprem os requisitos estipulados pela Administração.

O concurso é modalidade de licitação que objetiva a escolha de trabalho técnico, artístico ou científico (art. 22, §4º). devendo ser a modalidade escolhida preferencialmente para os contratos de prestação de serviços técnicos profissionais especializados, com estipulação prévia

de prêmio ou remuneração, nos moldes do art. 13, § 1º (DI PIETRO, 2020, p. 826). Nessa mesma linha, pontua Carvalho Filho, trata-se de aferição de caráter eminentemente intelectual (CARVALHO FILHO, 2019, p. 290). Note-se:

Quando faz um concurso, a Administração não pretende contratar com ninguém, ao menos em princípio. Quer apenas selecionar um projeto de cunho intelectual e a seu autor conceder um prêmio ou determinada remuneração. Com o cumprimento desse ônus pela Administração, a licitação fica encerrada.

Quanto a esta questão, é igualmente comum ocorrer algum certo grau de confusão entre a modalidade concurso e o tipo de melhor técnica. O primeiro ponto que os diferencia já é este, um é modalidade, o outro tipo. Outra característica que os distingue é que, no tipo de melhor técnica, a Administração deverá fixar objetivamente os critérios seletivos, ao passo que no concurso confere-se mais abertura ao julgamento do administrador. Julgamento este que deverá ser suficientemente motivado.

A última modalidade prevista no artigo 22 é o leilão. *“Utilizada para venda de bens móveis, quando o valor isolado ou global de suas respectivas avaliações (sempre prévias) não excederem o valor permitido para as tomadas de preços (art. 17, § 6º), ou, ainda, de imóveis, nas hipóteses especificadas no § 5º do art. 22”* (ARAGÃO, 2013, p. 622). Nesta, a Administração pode ter três objetivos: a venda de bens móveis inservíveis, a venda de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, e a alienação de bens imóveis adquiridos em procedimento judicial ou através de dação em pagamento, como permite o artigo 19 da Lei 8.666/1993.

O nome dessa modalidade é sugestivo. Será vencedor aquele que oferecer maior lance, sendo este igual ou superior à avaliação, consoante art. 22, §5º. Assim, o lance mínimo será previamente estipulado pela própria Administração conforme a avaliação dos bens a serem leiloados. Isso para efetivar o princípio da preservação patrimonial dos bens públicos (art. 53, §1º). Seguindo similar previsão da modalidade concorrência, o leilão deverá ser amplamente publicizado, prazo de 15 dias (art. 21, §2, III).

O pregão é modalidade de licitação que se destina à aquisição de bens e serviços comuns²

² Como destaca Bandeira de Mello, essa definição legal não diz muita coisa. Citando Marçal Justen Filho, o autor apresenta como traço caracterizador dos bens e serviços comuns “a padronização de sua configuração, que é

(art. 1º da Lei 8.666) qualquer que seja o valor estimado da contratação. A disputa em muito se aproxima da modalidade leilão, pois ambos se desenvolvem mediante propostas e lances em sessão pública. Distingue-se, contudo, na medida em que, enquanto o leilão é realizado para alienar bens desafetados do interesse público, o pregão é utilizado para a aquisição de bens e serviços comuns.

4. O PREGÃO

4.1. Breve histórico do pregão: a Lei 10.520/2002

Conforme tratado no tópico anterior, a Lei 8.66/93 prevê cinco modalidades de licitação definidas no art. 22: a concorrência, a tomada de preços, o convite, o leilão e o concurso. Apesar da vedação em seu art. 22 §8, quanto à criação de outras modalidades de licitação ou a combinação delas, o pregão é entendido como a sexta modalidade de licitação (DI PIETRO, 2017, p. 501).

Com efeito, a referida Norma dirige-se ao administrador, ou seja, não impede que o legislador posterior, crie nova modalidade, como ocorreu, por exemplo, nos casos do pregão e da consulta. Isso porque a lei 8666/93 não possui qualquer superioridade hierárquica em relação às demais legislações, logo, não tem o condão de limitar a atuação posterior do legislador (OLIVEIRA, 2015, p. 132).

A esse respeito, a modalidade pregão pressupõe maior celeridade, almejada pela Administração Pública em suas funções. Dessa maneira, possibilita a aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública (DI PIETRO, 2017, p. 539).

Nesse âmbito, propicia a aquisição de serviços comuns, cujos padrões de qualidade e desempenho são usuais no mercado. A introdução da modalidade pregão, cujo principal aspecto é a inversão das fases de habilitação dos licitantes e do julgamento das suas propostas, foi

viabilizada pela ausência de necessidade especial a ser atendida e pela experiência e tradição do mercado”. (MELLO, 2009, p. 557).

iniciada com a Medida Provisória 2.026 de 4 de maio de 2000. Publicada no Diário Oficial no dia seguinte, a qual passou por consecutivas alterações, tendo sido regulamentada pelo Decreto 3.555/2000, quando em 17 de julho de 2002 foi indigitada a Medida Provisória finalmente converteu-se na lei 10.520/2002.

O aperfeiçoamento da legislação sobre licitações, como consta na exposição de motivos da lei 10.520/2002, é ação prevista no escopo do Programa Redução de Custos na Aquisição de Bens, Obras e Serviços, integrante do Plano Plurianual 2000-2003, visando à modernização de processos de compra e contratação, bem como práticas gerenciais de controle de custos e inserção de novas tecnologias no âmbito das licitações.

A inserção da modalidade pregão objetiva o incremento das licitações, de modo a proporcionar maior competitividade, bem como redução de despesas, com fim de atingir as metas de ajuste fiscal. Nessa esteira, propicia maior agilidade nas aquisições, por meio da desburocratização dos procedimentos para habilitação. Assim, promove economias eficazes nas aquisições de bens e serviços comuns de custeio da máquina administrativa.

Noutro norte, como consta também na exposição de motivos da Lei 10.520/2002, a Lei nº 9.472/1996, instituiu, de forma precursora, a modalidade de licitação como procedimento de aplicação exclusiva pela Agência Nacional de Telecomunicações. Como resultado da utilização do pregão, a ANATEL reduziu cerca de 22% entre os preços iniciais e os vencedores nas licitações desta modalidade. A título de exemplo expressivo destes resultados, tem-se, ademais, as reduções obtidas, de 62% na contratação de serviços de saúde e de 68% na aquisição de softwares para uso na Internet. Soma-se a isso, a duração do processo licitatório tendo sido encurtada, aproximadamente, em 20 dias.

Na modalidade pregão a disputa é feita em sessão pública, por meio de propostas de preço - escritas/lances verbais -, com possibilidade e fomento do uso de recursos tecnológicos, a fim de estimular a celeridade a atividade administrativa, utilizando-se de procedimento e disciplina propios, destinada ao processo de escolha de possíveis contratos com a administração pública, em condições específicas.

Nesse segmento, as Medidas Provisórias nºs 2.026, 2.108 e 2.182, regulavam a modalidade pregão e estabeleciam que exclusivamente a União poderia se utilizar dela.

Entretanto, não é razoável que uma modalidade que visa à celeridade ao processo licitatório, restrinja-se a apenas um ente federativo.

Isso porque, a CRFB/88, em seu art. 19, III, veda a criação de preferências entre os entes da federação, bem como conferiu à União a competência para legislar sobre normas gerais sobre licitações e contratos, ao passo que aos demais entes compete legislar, por meio de normas específicas (CARVALHO FILHO, 2019, p. 462).

A Lei nº 10.520/2002, fundamentada no art. 37, XXI, da CRFB/88, que converteu a medida Provisória 2.026/2000, solucionou a controvérsia ao esclarecer que a modalidade pregão é aplicável à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Impende, pois, destacar que a referida Lei é complementar a Lei 8.66/93, de modo que esta aplica-se de forma subsidiária à modalidade pregão.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 548):

A citada Lei 10.520 o fez aplicável a todo o País, com o que ficou, a partir daí, sanado o vício original, pois nada se opõe a que dita lei seja também havida como "norma geral" superveniente à Lei 8.666. Contudo, não se reportou ao rol de modalidades licitatórias previstas no art. 22 da Lei 8.666 e à sua proibição de serem estabelecidas modalidades novas. Daí a convivência desta sexta figura com as outras cinco, sem alteração dos dizeres legais anteriores.

Tal inovação normativa, pressupõe fase recursal única e a inversão das fases de habilitação e julgamento das propostas. Destaca-se que é aplicável a qualquer valor de contratação. Por haver sido criado posteriormente, por lei própria e gerado críticas quanto a sua aplicação inicial, exclusivamente à União e, posteriormente, a todos os entes da federação, recebeu regulamentação por meio do decreto nº 10.024/2019, que revogou o anterior 5.540/2005, ambas tratando da modalidade eletrônica.

Contemporaneamente, o art. 6º, XLI da Nova Lei de Licitações³ prevê “*pregão: modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto*”.

Por fim, o breve histórico da criação e exposição de motivos da modalidade pregão, bem

³ Lei 14.133/2021

como sua origem em Medida Provisória e posterior conversão em Lei, mostra-se como necessidade da Administração Pública, no que tange aos processos licitatórios, em observância aos princípios constitucionais de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. previstos no artigo 37 da Magna Carta.

4.2. As peculiaridades do pregão

Como tratado no tópico anterior, o pregão se configura como modalidade de licitação prevista na lei 10520/2002, utilizado para aquisição de bens e serviços comuns, independente do valor estimado do futuro contrato.

De início, se faz necessário definir serviços comuns. Consideram-se bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital por meio de especificações usuais do mercado, consoante artigo 1º parágrafo único da lei 10.520/2002. Desse modo, percebe-se a abertura e vagueza do conceito, sendo pouco viável determinar um rol taxativo de todos os bens e serviços comuns (OLIVEIRA, 2018, p. 469). No âmbito federal o Decreto 3.555/2000, alterado posteriormente pelo Decreto 3.724/2001 arrolou no anexo II exemplos de bens e serviços comuns. No entanto, o referido anexo foi revogado em 2010, pelo decreto 7.174/2010, de modo que o conceito deve ser verificado casuisticamente de acordo com a disponibilidade no mercado e a padronização.

Adentrando ao tema deste tópico, as peculiaridades do pregão podem ser delimitadas e, posteriormente, explicadas como: (i) Objeto; (ii) Pregoeiro; (iii) declaração de habilitação; (iv) Tipo de licitação; (v) Inversão de fases; (vi) Propostas; (vii) Negociações e Recursos (OLIVEIRA, 2018, p. 133-136).

Nesse aspecto, o objeto da modalidade pregão de licitação é a aquisição de bens ou serviços comuns, disponíveis no mercado e com predeterminação uniforme e objetiva de qualidade conhecida, independente do valor. Destaca-se que, conforme disposição legal, a definição do objeto deve ser suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição⁴.

⁴ Art. 3º, II, Lei 10.520/2002

O pregoeiro detém papel essencial na tratativa, uma vez que substitui a comissão em uma licitação comum. Tal agente público tem a função de conduzir junto a sua equipe, a fase externa do pregão, que vai desde a publicação do edital até a adjudicação do objeto à empresa vencedora. Desse modo, após justificar a necessidade de contratação, definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento⁵.

Em seguida, o pregoeiro verificará as propostas descartando de forma fundamentada aquelas que não se enquadrem nos requisitos do edital. Após classificadas, instaura-se a fase competitiva, objeto da licitação, encaminhando lances. Posteriormente, a fase de habilitação, na qual é analisada a documentação do licitante vencedor, de acordo com a lei 8.666/1993 : (a) habilitação jurídica; (b) qualificação técnica; (c) qualificação econômico financeira; (d) regularidade fiscal e (e) cumprimento de disposições constitucionais sobre trabalho do menor de idade.

A declaração de habilitação pode ser entendida como uma “habilitação transitória”, com destaque para boa fé do licitante. Dessa maneira, os interessados apresentam declaração cientificando que cumprem inteiramente os requisitos de habilitação e devem entregá-la junto a proposta, nos moldes do art. 4, VIII, da Lei 10.520/2002.

Consoante art. 4, XVII, o pregoeiro poderá negociar diretamente com o proponente para que seja obtido o menor preço, nos casos em que haja um vencedor ou de inaceitabilidade da proposta. Assim, em observância aos prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital, a seleção da melhor proposta será realizada por meio do critério menor preço. Ressalta-se que a Administração pública poderá utilizar-se de outros critérios para aferir o menor preço e proposta vencedora que serão tratadas no capítulo a parte.

No que tange à inversão de fases temos (i) a inversão de fases de habilitação e julgamento e (ii) homologação e adjudicação, ambas por uma questão de ordem prática. A inversão das fases de habilitação e julgamento no pregão, de modo oposto ao que ocorre na concorrência, a

⁵ Art. 3, II da Lei 10.520/2002

fase julgamento precede a fase de habilitação, de forma a propiciar celeridade, pois há análise de documentos da proposta de habilitação apenas do primeiro colocado e não de todos os licitantes/interessados. Por outro lado, a inversão das fases de homologação e adjudicação, divergente das demais modalidades de licitação, no pregão adjudicação do objeto da licitação ao Vencedor é anterior à homologação do procedimento.⁶

Nesse sentido, Alexandre Santos de Aragão (2013, p. 628) destaca:

A inversão de fases da licitação, procedimento anteriormente já adotado pelo pregão (art. 4º, XII, Lei n.10.520/2002) e pela licitação das PPPs (art. 13 da Lei n.11.079/2004), consiste na análise das propostas apresentadas antes da análise da documentação das empresas, evitando discussões inúteis sobre a habilitação de licitantes cujas propostas de qualquer forma não lograriam sucesso.

As propostas podem ser escritas e verbais o pregoeiro julgar as propostas escritas mediante o critério do menor preço e estabelecer a ordem de classificação. Logo após, os licitantes que apresentam oferta de menor preço até 10% (dez por cento) superiores à melhor proposta, poderão fazer novos lances verbais e sucessivos até a proclamação do vencedor caso não haja pelo menos três propostas diante dessa diferença 10% (dez por cento) os valores das melhores três independentemente dos valores poderão oferecer novos lances verbais e sucessivos⁷. O prazo de validade das propostas será de 60 dias, se outro não estiver fixado no edital⁸.

As negociações têm destaque nesta modalidade, pois o pregoeiro pode negociar diretamente com o licitante classificado em primeiro lugar para que seja obtido o melhor preço. Após a declaração do vencedor os licitantes interessados deverão apresentar imediata e motivadamente a intenção de recorrer. A apresentação das razões descritas no recurso, contudo, deve constar o prazo de três dias⁹, ficando os demais licitantes desde então intimados para apresentar contrarrazões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata aos autos.

⁶ Art. 4, XXI e XXII da Lei 10.520/2002

⁷ Art. 4, VIII e IX da Lei 10.520/2002

⁸ Art. 6º da Lei 10.520/2002

⁹ Art. 4, XVII e XVIII da Lei 10.520/2002

No que diz respeito à recusa para assinar o contrato, se o licitante vencedor, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, o pregoeiro examinará as ofertas subsequentes, e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor¹⁰.

É vedada a exigência de: (i) garantia de proposta; (ii) aquisição do edital de licitantes, como condição para participação no certame; (iii) pagamento de taxas e emolumentos, salvo os referentes a fornecimento do edital, que não serão superiores ao custo de sua produção gráfica, e ao custos de utilização de recursos de tecnologia da informação, quando for o caso¹¹.

Pode, ainda, haver casos em que ficará o licitante impedido de licitar e contratar com a Administração. O vencedor que, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta: a) não celebrar o contrato; b) deixar de entregar ou apresentar documentação falsa para o certame; c) ensejar o retardamento da execução de seu objeto; d) não mantiver a proposta; e) falhar ou fraudar na execução do contrato; f) comportar-se de modo inidôneo; ou g) cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF)¹², ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do artigo 4º da Lei, pelo prazo de até 5 (cinco anos), sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.¹³

Em relação à documentação no processo pregão, os atos essenciais do pregão, inclusive os decorrentes de meios eletrônicos, serão documentados no processo respectivo, com vistas à aferição de sua regularidade pelos agentes de controle¹⁴.

¹⁰ Art. 4º, XXIII c/c XVI da Lei 10.520/2002

¹¹ Art. 5º da Lei 10.520/2002

¹² Viabiliza o cadastramento de fornecedores de materiais e serviços para os órgãos e as entidades da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional, no âmbito do Sistema Integrado de Serviços Gerais - SISG. Uma vez inscrito no SICAF, o fornecedor estará cadastrado perante qualquer órgão/entidade que utilize o SIASG.

¹³ Art. 7º da Lei 10.520/2002

¹⁴ Art. 8º da Lei 10.520/2002

Por fim, as peculiaridades da modalidade pregão, mostram-se como diferenciais de desburocratização e celeridade proporcionadas, a fim de alcançar a melhor proposta à administração pública, levando em conta o critério menor preço.

4.3. A finalidade do pregão

Como modalidade de licitação, o pregão apresenta finalidades em comum. O objetivo dúplice de uma licitação é *“proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso e assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares”* (MELLO, ano, p. 517). Assim, as finalidades do pregão, se amoldam à Supremacia do interesse público, corolário da administração pública, na busca pela melhor oferta, bem como ao atendimento aos princípios da isonomia¹⁵ e impessoalidade e da probidade administrativa¹⁶.

Nesse âmbito, o pregão possui finalidades gerais e específicas, a finalidade geral é escolher a melhor proposta dentre as demais, isto é, analisar as propostas, conforme visto anteriormente, e selecionar a mais adequada para aquisição de bens e serviços comuns, tendo como parâmetro o menor preço. No que tange às finalidades específicas, temos a promoção do princípio da igualdade, pois proporciona a abertura de disputa do certame. Além do fomento à eficiência administrativa, em observância à maior celeridade propiciada pelo pregão, com a inversão de fases e redução da burocracia.

Em relação ao pregão eletrônico, ao qual deve ser dada preferência, há um ampliação de acesso, de forma a proporcionar maior participação de empresas, de qualquer lugar, com mais economia, sendo necessário apenas estar conectado à Internet. Em sessão Pública, objetivando

¹⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

¹⁶ Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade (...) § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

a transparência do processo.

4.4. Os princípios gerais e específicos do pregão (justo preço, celeridade, oralidade)

No Capítulo 2 foram analisados os princípios gerais da administração pública e das licitações. Neste capítulo, serão desenvolvidos os principais aspectos dos princípios norteadores específicos do pregão, com destaque para: (i) Justo preço; (ii) Celeridade e (iii) oralidade.

A esse respeito, a eficiência da atividade administrativa reflete benefícios à coletividade. Com efeito, a atividade administrativa é desenvolvida pelo Estado para benefício da coletividade, logo, o fim último da sua atuação deve ser voltado ao interesse público. Não é por outra razão que princípio da eficiência foi consagrado no art. 37 caput da CRFB/88, como dever do administrador público. Como salvaguarda desse princípio, houve a Emenda Constitucional 45/2004 que acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da CRFB/1988 e garantiu a celeridade, bem como a razoável duração do processo, submetendo também o Poder Judiciário à eficiência no exercício de suas funções (CARVALHO, 2019, p. 156). Assim, o pregão promove agilidade ao processo licitatório e não deve se alongar ou burocratizar, sob pena de prejuízos à eficiência administrativa.

No que tange ao justo preço, na modalidade pregão, há uma espécie de leilão às avessas, em que o menor lance vence. Isso porque, diante da supremacia do interesse público, a administração deve contratar a melhor proposta. Assim, o conceito de justo preço, não deve ser apenas o mais barato, mas sim, levar em conta a qualidade, o custo benefício, bem como os preços usuais no mercado. O princípio do justo preço, não deve ser o único norteador da licitação, tendo em vista a necessidade de verificar a sua conformidade com os valores de referência percebidos pela administração e dominantes do mercado (ZANOTELLO, 2008, p. 220). Portanto, a Administração Pública deve praticar seus atos de compra de bens e serviços comuns, mediante preços justos, condizentes com a cotação prévia de preços no mercado.

No pregão é adotado de forma diferencial o princípio da oralidade, pois contém uma combinação entre propostas escritas e lances verbais, de forma a reduzir a burocracia e propiciar maior celeridade. Tal princípio é caracterizado pela prevalência da palavra falada à escrita. Uma vez abertos os envelopes de preço, o ofertante do menor preço e os que tiverem ofertado preços

até 10% superiores, ou, se esta condição não se verificar, os que fizeram as três melhores ofertas, entrarão em uma nova competição através de lances verbais, considerado o lance mínimo o da melhor proposta escrita (ARAGÃO, 2013, p. 624). Não havendo, pelo menos, três ofertas nessas condições, os autores das três melhores propostas poderão oferecer novos lances verbais e sucessivos (MEDAUAR, 2018, p. xx).

Nesse segmento, Alexandre Santos de Aragão (2013, p. 630) ressalta que *“O sucesso empírico do pregão nos deve levar a potencializando os princípios da eficiência, celeridade processual e economicidade – adotar a interpretação (desde que plausível, naturalmente) que dê maior amplitude ao âmbito de aplicação do pregão”*.

Desse modo, os princípios da eficiência, celeridade, justo preço e oralidade se relacionam ao visar a utilização racional do erário, de modo a otimizar o processo licitatório, via modalidade pregão.

4.5. Simulação do procedimento do pregão e suas Fases

A fase interna do Pregão se caracteriza como atos preparatórios a cargo da Administração pública. Nesse âmbito, são tomadas pela autoridade competente – o pregoeiro e sua equipe de apoio – as providências necessárias à realização do certame. A título de exemplo, após justificar a necessidade de contratação, cumpre-lhes definir o objeto da competição e o que será exigido para a habilitação. Demais providências a serem adotadas são: (i) os critérios de aceitação das propostas; (ii) a antecipação das cláusulas contratuais, com a necessária fixação do prazo de fornecimento; (iii) as sanções para a hipótese de inadimplemento; (iv) avaliação prévia dos bens ou serviços a serem contratados (CARVALHO FILHO, 2019, p. 465).

Na fase interna do pregão eletrônico, a relevância do planejamento que observará o seguinte¹⁷: a) elaboração do estudo técnico preliminar e do termo de referência; b) aprovação do estudo técnico preliminar e do termo de referência pela autoridade competente ou por quem esta delegar; c) elaboração do edital, que estabelecerá os critérios de julgamento e a aceitação das propostas, o modo de disputa e, quando necessário, o intervalo mínimo de diferença de valores ou de percentuais entre os lances, que incidirá tanto em relação aos lances

¹⁷ art. 14 do Decreto 10.024/2019

intermediários quanto em relação ao lance que cobrir a melhor oferta; d) definição das exigências de habilitação, das sanções aplicáveis, dos prazos e das condições que, pelas suas particularidades, sejam consideradas relevantes para a celebração e a execução do contrato e o atendimento das necessidades da administração pública; e e) designação do pregoeiro e de sua equipe de apoio (OLIVEIRA,2020, p.109).

Por outro lado, a fase externa, conta com a participação de terceiros, além da administração. Nesta fase, de fato, se realiza e o processo de escolha da melhor proposta e do futuro contratado, estando a respectiva disciplina nas regras do art. 4º da Lei 10.520/2002. Ainda na fase externa, há a convocação, que se faz por publicação de aviso na imprensa oficial da entidade federativa interessados. A lei confere a faculdade da convocação ser feita por meios eletrônicos, no aviso deve constar, de forma objetiva, os elementos da licitação e a informação sobre obtenção do edital, no qual consta o detalhamento do edital, tal convocação deve estrita observância ao princípio da publicidade (CARVALHO FILHO, 2019, p. 466).

Em seguida, tem-se a sessão – pública – por meio da qual há a reunião entre pregoeiro e interessados, onde será dado início a seleção. Uma vez enviadas as propostas e dos documentos de habilitação, em prazo não inferior a 8 (oito) dias úteis, contado da data de publicação do aviso do edital¹⁸, os licitantes encaminharão por meio do sistema os documentos de habilitação e a proposta até a data e o horário fixado para abertura da sessão pública¹⁹.

Na modalidade eletrônica, aberta a sessão pública via internet, o pregoeiro deverá verificar as propostas e descartar de maneira fundamentada, àquelas que não correspondem ao objeto da sessão ou possuem alguma desconformidade com o edital. O sistema organiza – de forma automática – as propostas selecionadas pelo pregoeiro e direciona ao envio de lances as propostas aprovadas.

Conforme Rafael Oliveira (2020, p. 112):

No pregão eletrônico federal, serão admitidos dois modos de disputa para envio de lances (art. 31 do Decreto 10.024/2019): aberto: os licitantes apresentarão lances públicos e sucessivos, com prorrogações, conforme o critério de julgamento adotado no edital; 267 ou aberto e fechado: os licitantes apresentarão lances públicos e sucessivos, com lance final e fechado, conforme

¹⁸ art. 4º, V, da Lei 10.520/2002 e art. 25 do Decreto 10.024/2019

¹⁹ art. 26 do Decreto 10.024/2019

o critério de julgamento previsto no edital.

Após, inicia-se a etapa de julgamento, ato por meio do qual se confrontam as ofertas, classificam-se os proponentes e escolhe-se o vencedor, a quem deverá ser adjudicado o objeto da licitação, para o subsequente contrato com a Administração (AMORIM, 2017, p. 111). Frise-se que o julgamento é ato vinculado da administração pública, de acordo com ato convocatório, de modo a minimizar a discricionariedade e não deve contrariar os princípios da lei de licitações.

Concretizado o julgamento e selecionada a ordem de classificação, estabelece-se a etapa de habilitação. Os documentos exigidos para habilitação são os indicados para os procedimentos de licitação em geral, na forma do art. 27 da Lei 8.666/1993, dispostos também no art. 40 do Decreto 10.024/2019 para o pregão eletrônico. A verificação eletrônica será realizada por meio do SICAF. O licitante melhor classificado, que atender às exigências do edital, com a correspondente habilitação, será declarado vencedor²⁰ (OLIVEIRA, 2020, p. 114).

Posteriormente, passa-se à adjudicação, assim classificada por Meirelles (2018, p. 269):

Adjudicação é o ato pelo qual se atribui ao vencedor o objeto da licitação para a subsequente efetivação do contrato.⁽⁹⁸⁾ São efeitos jurídicos da adjudicação: a) a aquisição do direito de contratar com a Administração nos termos em que o adjudicatário venceu a licitação; b) a vinculação do adjudicatário a todos os encargos estabelecidos no edital e aos prometidos na proposta; c) a sujeição do adjudicatário às penalidades previstas no edital e normas legais pertinentes se não assinar o contrato no prazo e condições estabelecidas; d) o impedimento de a Administração contratar o objeto licitado com outrem; e) a liberação dos licitantes vencidos de todos os encargos da licitação e o direito de retirarem os documentos e levantarem as garantias oferecidas, salvo se obrigados a aguardar a efetivação do contrato por disposição do edital ou norma legal.

Nos termos do art. 4º, XXI, da lei do pregão, a autoridade competente deve adjudicar o objeto da licitação ao licitante vencedor. Ao passo que o decreto 10.024/2019 – pregão eletrônico –, definiu que a competência para adjudicação do objeto do certame depende da existência ou não de recurso. Após a declaração do vencedor, qualquer outro licitante pode

²⁰ art. 43, § 8º Decreto 10.024/2019

recorrer, observado prazo e fundamentação motivada²¹.

4.6. Bens e serviços comuns e serviços comuns de engenharia

Como sabido, o pregão destina-se à aquisição de bens e serviços comuns, diversamente das demais espécies de licitação, em que a modalidade é escolhida em razão do valor do objeto licitado. Nesse aspecto, conforme o art. 1º, parágrafo único da Lei do Pregão, consideram-se bens e serviços comuns aqueles cujo desempenho possam ser estabelecidos no edital, utilizando-se de especificações usuais mercadológicas.

O conceito legal é vago, pois, geralmente, todos os bens licitados, devem ser definidos, em descrição sucinta e clara²². Nas palavras de (MEIRELLES, 2018, p. 398):

O que caracteriza os bens e serviços comuns é sua padronização, ou seja, a possibilidade de substituição de uns por outros com o mesmo padrão de qualidade e eficiência. Isto afasta desde logo os serviços de Engenharia que não sejam comuns, os quais permitem o pregão, bem como todos aqueles que devam ser objeto de licitação nas modalidades de melhor técnica ou de técnica e preço. No pregão o fator técnico não é levado em consideração, mas apenas o fator preço.

Nesse escopo, o Decreto 3.555/2000, posteriormente alterado pelo Decreto 3.693/2000, regulamenta a matéria, contendo o Anexo II, que relaciona os bens e serviços comuns. Insta salientar, que a lista constante no anexo, é exemplificativa e objetiva orientar o administrador na caracterização do bem ou do serviço comum. É fundamental que o objeto licitado possa ser definido por meio de especificações usuais no mercado, o que não impede a exigência de requisitos mínimos de qualidade, como acontece, por exemplo, com o denominado material de escritório. (MEIRELLES, 2018, p. 399).

Impende destacar a compreensão do TCU em direção a ensejar a anulação do certame, caso haja utilização indevida da modalidade pregão, qual seja, para bens e serviços especiais:

²¹ art. 4º, XVIII, da Lei 10.520/2002 e art. 44, caput e §§ 1º 3º, do Decreto 10.024/2019

²² Lei 8.666/1993, art. 40,

“A utilização indevida da modalidade pregão para aquisição de bens e serviços que não se caracterizam como “comuns”, consoante preceitua o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520/2002, Lei do Pregão, enseja a anulação do respectivo certame licitatório²³.”

Ao considerar que o critério de julgamento do pregão é objetivo, qual seja menor preço, bem como seu procedimento é mais célere, além da inversão das fases de habilitação e julgamento, conforme anteriormente tratado, há uma dificuldade de verificação específica acerca do fornecedor ou do objeto licitado. Portanto, só será harmonizável com a referida modalidade, aquisição de bens e serviços comuns que garantam a celebração de contratos em conformidade com as necessidades da administração pública.

Ainda, é possível o pregão quando as compras e serviços comuns forem efetuados pelo sistema de registro de preços (art. 11 da Lei nº 10.520/2002). Consoante art. 12, foi inserido um artigo, 2º-A, na Lei nº 10.191, de 14/02/01, para disciplinar o registro de preços mediante pregão, na área da saúde (DI PIETRO, 2020, p. 828).

A esse respeito, o entendimento do Tribunal de Contas da União, esclarecendo que, se pautados em especificações usuais de mercado e detentores de padrões objetivamente definido no edital, não há óbices que serviços complexos sejam enquadrados como comuns. note-se:

“Ainda que os serviços objeto da licitação possam sugerir, a priori, certa complexidade, não há óbices para que sejam enquadrados como serviços comuns, eis que pautados em especificações usuais de mercado e detentores de padrões objetivamente definidos no edital²⁴.”

“Bem ou serviço comum é aquele que pode ter seus padrões de desempenho e qualidade objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado. O conceito de serviço comum não está necessariamente ligado a sua complexidade²⁵.”

²³ Acórdão 550/2008 Plenário

²⁴ Acórdão 188/2010 Plenário

²⁵ Acórdão 1287/2008 Plenário

Consoante, é perceptível que o conceito legal de bens e serviços comuns é aberto e indeterminado, o que inviabilizaria o estabelecimento de um rol taxativo de todos os bens e serviços comuns no âmbito Federal o decreto 3.555/2000, alterado pelo decreto 3.784/2001 arrolou em seu anexo II, alguns exemplos de bens -água mineral, combustível, gênero alimentício, medicamentos, material de limpeza, hospitalar - e serviços comuns telefonia, transporte, assistência médica- ocorre que o referido anexo foi revogado pelo decreto 7174/2010 (OLIVEIRA, 2018, p. 132).

Para que seja cabível a utilização do pregão, o objeto comum, seja ele bem ou serviço, não deve ser visto apenas como sinônimo de padronização, aquisição corriqueira ou simplicidade, apesar de também serem abrangidos pela lei do pregão. Com efeito, estão incluídos na lei 10.520/2002, inclusive os serviços com complexidade técnica, como passíveis de contratação pela administração pública, isso porque, há a exigência de que a técnica utilizada seja reconhecida pelo mercado, de modo que haja descrição objetiva e clara no edital (MEIRELLES, 2018, p. 399).

O conceito de bens e serviço comuns possui as seguintes características essenciais: (i) disponibilidade no mercado, ou seja, o objeto deve ser encontrado facilmente no mercado; (ii) padronização. para determinação de modo objetivo uniforme da qualidade de atributos essenciais do bem ou serviço e (iii) casuístico moderado, pois a qualidade comum deve ser verificada em cada caso concreto e não de forma abstrata (OLIVEIRA, 2018, p. 132).

Nesse segmento, destaca-se a jurisprudência do TCU que entende pela possibilidade de aquisição de serviços de informática, via pregão, caso se enquadrem na definição de bens e serviços comuns. Confira-se:

Apesar de algumas discussões doutrinárias acerca de ser ou não possível adquirir bens e serviços de informática mediante pregão, a jurisprudência do TCU tem assentado que se tais bens ou serviços se enquadrarem na definição de bens ou serviços comuns podem ser contratados por meio da modalidade pregão. Cito, entre outros, os seguintes precedentes: Acórdãos 740/2004, 1182/2004, 2094/2004, 107/2006, 1114/2006, 1699/2007, 144/2008, 2183/2008 e 2632/2008, todos do Plenário²⁶.

²⁶ Acórdão 1914/2009 Plenário (Voto do Ministro Relator)

A análise quanto ao cabimento do pregão, independe de qualquer definição técnica imprescindível, na prática, apenas o objeto licitado. Na hipótese de a estrutura do procedimento do pregão ser incompatível com a complexidade que o objeto exige no caso concreto, então, não deve ser utilizado o pregão, visto que, conforme lei 10.520/2002, deve ser utilizado apenas para bens e serviços comuns, cujos padrões de qualidade objetivamente descritos no edital. Nessa situação, de contratação de objeto complexo, cujo pela natureza admite concepções técnicas para execução, demandando apresentação de metodologia de execução pelo licitante, de modo a garantir a segurança na contratação.

O art. 5º do anexo I do decreto 3.555/2001 art. 6º do decreto 5.450/2005 veda a utilização do pregão para locações imobiliárias, bem como às alienações em geral, que serão regidas pela legislação geral da administração. De igual modo, o pregão não pode ser utilizado para delegação de serviços públicos, pois tais serviços não são caracterizados como comuns.

Nesse sentido, há debate em torno da matéria, pois o art. 5º do anexo I do decreto 3.555/2001, proíbe a utilização do pregão para obras e serviços de engenharia. Já o art. 6º, veda apenas a contratação de obras de engenharia, deixando margem para os serviços de engenharia.

A súmula 257/2010 do TCU dispõe que “*O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002.*” Dessa maneira, entende pela admissão do pregão apenas para contratação de serviços de engenharia adjetivados comuns e não para contratação de obras.

Por outro lado, Marçal Justen Filho (2019, p, 529) entende e pela viabilidade do pregão tanto para obras quanto para serviços de engenharia classificados como comuns.

Impende destacar que o art. 6º, I a IV da lei de licitações diferencia as noções de obra e serviço. Consoante o diploma legal, a obra é toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta. Já serviço caracteriza-se como “*toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos*

técnico-profissionais”. Percebe-se que não há na legislação que rege a matéria a noção de obra comum.

Entretanto, existem situações em que a distinção entre obra e serviço de engenharia não é clara, principalmente pela deficiência de definição legal. Como exemplo, tem-se a reforma de um imóvel que envolve demolição. Por um lado, poderia se tratar de obra, uma vez que o art. 6º, I da lei 8666/1993 se utiliza do termo “reforma” e, após, na definição de serviço, constante no inciso II, menciona o vocábulo “demolição”. Assim, não há resposta definitiva para o citado exemplo (OLIVEIRA, 2020, p. 36).

Para diferenciação entre obra e serviço (JUSTEN FILHO, 2019, p. 373) sugere critérios como o resultado, em que uma obra prepondera um resultado, que consiste na criação ou modificação de um bem, como uma obrigação de resultado. Ao passo que no serviço, predomina o fazer humano, como uma obrigação de meio.

Apesar da inexatidão da matéria, entende-se que, presentemente, o pregão apenas se coaduna com os serviços de engenharia classificados como comuns, em conformidade com a restrição da lei 10.520/2002, que especifica o uso da modalidade a bens e serviços comuns, excetuando as obras (OLIVEIRA, 2018, p.137).

4.7. O pregão eletrônico

O Pregão eletrônico é realizado por meio da comunicação pela internet, ou seja, é executado por meio da utilização de recursos da tecnologia da informação (MEIRELLES, 2018, p. 400). Tal meio deve ser priorizado pela Administração Pública, por ser mais vantajoso e propiciar disputa saudável entre todas as empresas do país.

Encontra-se previsto no art. 2.º, § 2.º, da Lei 10.520/2002, possui regulamentação pelo Decretos 5.450/2005 e 10.024/2019 , cujos dispõem sobre a preferência e obrigatoriedade do pregão para aquisição de bens e serviços comuns, o primeiro, preferencialmente de forma eletrônica, enquanto o segundo, obrigatoriamente de forma eletrônica, no setor federal. Nesse aspecto, a comunicação entre pregoeiro e licitantes é realizada de forma eletrônica. Nos termos do Decreto 5.504/2005, o mesmo procedimento pode ser realizado pelos órgãos da Administração Pública Direta e Indireta, bem como entidades privadas com Personalidade

Jurídica de Direito Privado.

Em outras palavras, o referido Decreto. 5.504/2005, determinou que o mesmo procedimento deve ser seguido por entes públicos e privados, quando tais contratações forem realizadas com recursos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos semelhantes, ou ainda consórcios públicos. Esta determinação também abrange as Organizações Sociais (Lei 9.637/98) e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Lei 9.790/99). Tais entidades poderão utilizar sistemas de pregão eletrônico próprios ou de terceiros e a sua inviabilidade deverá ser devidamente justificada pelo dirigente ou autoridade competente. Novos recursos da União relativos ao mesmo ajuste ficam condicionados à comprovação dos preceitos deste decreto (MEIRELLES, 2018, p. 402).

O art. 5º do Decreto 5.504/2005 e o art. 2º do Decreto 10.024/2019 que destacam que o pregão eletrônico deve se pautar por princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, bem como aos princípios correlatos da razoabilidade, competitividade e proporcionalidade. Desse modo, as ações administrativas e a interpretação praticada pelos agentes públicos devem ser norteadas pela busca da eficiência, economicidade e maior vantagem para a Administração, sem prejuízo da isonomia e segurança jurídica (AMORIM, 2017, p. 39).

Antes mesmo do Decreto 10.024/2019, o TCU entendeu pela obrigatoriedade do pregão eletrônico. Note-se:

Em atenção ao art. 4º do Decreto 5.450/2005, deve ser adotada a forma eletrônica nos pregões, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente, observando o disposto no item 9.2.1 do Acórdão nº 2471/2008 Plenário²⁷.

O pregão eletrônico é obrigatório para licitações que visam à aquisição de bens e serviços comuns, só não sendo utilizado se, comprovada e justificadamente, nos termos do Decreto nº 5.450/2005, houver inviabilidade, que não se confunde com a opção discricionária²⁸.

²⁷ Acórdão 2340/2009 Plenário (Sumário)

²⁸ Acórdão 1700/2007 Plenário (Sumário)

Adote a forma eletrônica nos pregões, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada nos autos pela autoridade competente, observando o disposto no item 9.2.1 do Acórdão 2471/2008 Plenário.²⁹

Utilize, como regra, a modalidade pregão, em sua forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, empregando o pregão presencial exclusivamente quando inquestionável a excepcionalidade prevista no art. 4º, § 1º, do Decreto 5.450/2005, devidamente justificada no procedimento licitatório.³⁰

Não obstante, o Decreto 10.024/2019 Regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal. Mostra-se obrigatória em âmbito federal, a utilização da modalidade de pregão, na forma eletrônica, pelos órgãos da administração pública federal direta, pelas autarquias, pelas fundações e pelos fundos especiais, nos termos do art. 1º, §1, do Decreto.

Importante destaque trazido pelo decreto de 2019, é a observância do princípio do desenvolvimento sustentável, nas etapas do processo de contratação, em suas dimensões econômica, social, ambiental e cultural, no mínimo, com base nos planos de gestão de logística sustentável dos órgãos e das entidades. Isso porque, é urgente que os setores da administração pública priorizem o desenvolvimento sustentável, em prol da manutenção dos recursos naturais e, em observância aos preceitos constitucionais (art. 170, VI CF/88³¹).

Nos moldes do art. 4º do Decreto, a utilização da modalidade presencial deve ser excepcional e previamente justificada, desde que comprovada a inviabilidade técnica ou prejuízo à administração na realização da forma eletrônica. A utilização do pregão eletrônico, será obrigatória para aquisição de bens e contratação de serviços comuns, no escopo dos estados, Distrito federal e Municípios, quando houver a utilização de recursos federais,

²⁹ Acórdão 2340/2009 Plenário

³⁰ Acórdão 604/2009 Plenário

³¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) VI - defesa do meio ambiente;

advindos de transferências voluntárias, exceto no caso de regulamentação específica³². Frise-se que a norma não impõe a observância automática dos termos do decreto de 2019, o que pode ser realizado pela autoridade responsável, vinculado ao Ministério da Economia, ao estabelecer prazos para sua implementação, consoante art. 52 do Decreto 10.024/2019 (OLIVEIRA, 2020, p. 104-107).

No que tange à inaplicabilidade do pregão eletrônico, o Decreto veda a sua utilização para obras, locações imobiliárias e alienações, bens e serviços especiais que, em razão da alta heterogeneidade e complexidade técnica, não podem ser considerados bens e serviços comuns.

Rafael Oliveira (2020, p.108) realça a possibilidade de utilização do pregão eletrônico para contratação de serviços comuns de engenharia, na forma dos arts. 1º, 3º, VIII, e 4º, III, do Decreto 10.024/2019), anteriormente permitido pela Súmula 257/2010 do TCU: “*O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002*”.

Em pesquisa publicada pela Revista de Contabilidade do Mestrado em Ciências Contábeis da UERJ (online)³³, realizada em Viçosa/MG, buscou-se responder a seguinte indagação: “*seria o pregão eletrônico a modalidade de licitação mais eficiente para a administração pública?*” O estudo concluiu que o pregão eletrônico é um mecanismo que possibilita melhor gestão dos recursos públicos, com agilidade, transparência e publicidade desejadas. Entretanto, necessita de um planejamento minucioso antes de sua implantação, pois é necessário romper as barreiras impostas pela resistência à tecnologia, bem como oferecer o treinamento necessário à equipe que será responsável pela execução dessa nova modalidade de licitação.

As etapas sucessivas do pregão eletrônico são: (i) planejamento da contratação; (ii) publicação do aviso de edital; (iii) apresentação de propostas e de documentos de habilitação; (iv) abertura da sessão pública e envio de lances, ou fase competitiva; (v) julgamento; (vi) habilitação; (vii) recursal; (viii) adjudicação; e (ix) homologação³⁴. No que se refere aos

³² art. 1º, § 3º, do Decreto 10.024/2019

³³ PREGÃO ELETRÔNICO VERSUS PREGÃO PRESENCIAL: ESTUDO COMPARATIVO DE REDUÇÃO DE PREÇOS E TEMPO. Revista de Contabilidade do Mestrado em Ciências Contábeis da UERJ (online), Rio de Janeiro, v. 16, n. 1, p. 47 - p. 62, jan./abril, 2011

³⁴ art. 6º do Decreto 10.024/2019

critérios de julgamento na seleção da proposta mais vantajosa à administração, serão as de menor preço ou maior desconto, consoante disposto no edital³⁵.

Nesse aspecto, a realização do pregão eletrônico pressupõe disputa à distância entre os interessados, por meio do sistema de compras do governo federal, cujo possui proteção de criptografia e autenticação, a fim de assegurar a segurança nas etapas do certame³⁶.

4.8. Os tipos de licitação

“Esclareça-se que a lei denomina "tipos de licitação" ao que, na verdade, são os distintos critérios fundamentais de julgamento por ela estabelecidos para obras, serviços e compras (não para concurso e leilão).” (MELLO, 2012, p. 595).

Assim, tipo de licitação se refere ao critério de julgamento objetivo das propostas a ser observado no certame, de acordo com parâmetros previamente estabelecidos no ato convocatório, em consonância com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle³⁷. O art. 45 da Lei de licitações, em seus incisos, prevê quatro tipos de licitação: (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; (ii) a de melhor técnica; (iii) a de técnica e preço e (iv) a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

Nos termos do §5, é vedada a adoção de outros tipos de licitação não previstos no artigo. Os tipos de licitação melhor técnica ou melhor técnica e preço destinam-se, 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

³⁵ art. 7º do Decreto 10.024/2019

³⁶ art. 5º, caput e § 1º, do Decreto 10.024/2019

³⁷ art. 45, I a IV, da Lei 8.666/1993

executivos³⁸.

No âmbito do pregão, a seleção da melhor proposta deverá ser realizada por meio do critério menor preço, desde que observados os prazos máximos para fornecimento, parâmetros mínimos de qualidade e as especificações técnicas definidas no edital³⁹.

O tipo de licitação escolhido para modalidade pregão, qual seja, menor preço, mostra-se adequado, por se tratar de bens e serviços comuns, cujos padrões de qualidade constam objetivamente no edital e não possuem maiores complexidades. Impende frisar que, por mais que o critério menor preço seja o escolhido pela legislação, outros podem ser utilizados, se justificados, por conferirem maior vantagem à administração. Como exemplos:

maior desconto sobre o preço dos livros listados nos catálogos oficiais das respectivas editoras; maior oferta para contratação de banco que vai receber a folha de pagamento de servidores públicos, obtendo vantagens em outras operações bancárias que serão realizadas pelos futuros clientes; maior oferta oferecida por empresas que colocam à disposição vale-refeição e que recebem comissões dos comerciantes; maior oferta apresentada por agências de turismo que receberiam, posteriormente e respectivamente, vantagens junto às empresas de aviação (OLIVEIRA, 2020, p. 105).

O critério do “maior desconto”, que, na prática, refere-se ao “menor preço”, foi taxativamente previsto no art. 7º do Decreto 10.024/2019. Enquanto o critério do “maior preço” ou “da maior oferta”, que representa a maior vantagem econômica para a Administração Pública, tem sido admitido pelo Tribunal de Contas da União⁴⁰. Nesse segmento, o Tribunal autorizou, a realização de pregão pelo critério “maior preço” para contratação de instituição financeira para prestação de serviços, em caráter exclusivo, de pagamento de remuneração de servidores ativos, inativos e pensionistas e outros serviços similares, com a previsão de contraprestação pecuniária por parte da contratada, tendo em vista o princípio da eficiência e a busca da seleção proposta mais vantajosa para a Administração⁴¹ (OLIVEIRA, 2020, p. 166).

³⁸ art. 46 da Lei 8.666/1993

³⁹ art. 4.º, X, da Lei 10.520/2002

⁴⁰ TCU, Plenário, Acórdão 3.048/2008, Rel. Min. Augusto Nardes, 10.12.2008; TCU, Plenário, Acórdão 180/2015, Rel. Min. Bruno Dantas, 04.02.2015 (Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU n. 229).

⁴¹ TCU, Plenário, Acórdão 1.940/2015, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 05.08.2015 (Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU n. 254)

O critério (i) menor preço, será abordado de forma mais detalhada no próximo capítulo, em razão de sua pertinência ao tema deste estudo, sob enfoque de compreender a relação entre o tipo “menor preço” e a exigência de qualidade e técnica pelo edital. Já no critério de julgamento pela menor técnica (ii) a seleção da proposta mais vantajosa advém de negociação que resulta “*pela escolha daquela que, tendo alcançado índice técnico comparativamente mais elevado do que o de outras, seu proponente concorde em rebaixar a cotação que havia feito até o montante da proposta de menor preço dentre as ofertadas*” (MELLO, 2012, p. 596-597). O autor destaca que como o licitante da proposta de melhor técnica dificilmente concorda com rebaixamento, deve-se analisar as propostas seguintes.

A regulamentação deste tipo de licitação se dá por meio do art. 46, §1º e seus incisos, o ato convocatório deverá indicar o preço máximo admissível, o índice de valorização técnica mínima, para aceitação das propostas, bem como critérios de avaliação técnica, fazendo jus ao objeto, publicizados de forma objetiva e técnica, levando em conta a capacitação e experiência do proponente, a qualidade técnica da proposta, compreendendo metodologia, organização, tecnologias e recursos materiais a serem utilizados, além da qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para os trabalhos (MELLO, 2008, p. 596-597).

Ao passo que nas licitações de técnica e preço (iii), reguladas no § 2º do art. 46, o critério de seleção da melhor proposta é o que resulta da média ponderada das notas atribuídas aos fatores técnica e preço, valorados na conformidade dos pesos e critérios estabelecidos no ato convocatório. “Dele deverão constar, tal como na licitação de melhor técnica, critérios claros e objetivos para identificação de todos os fatores pertinentes que serão considerados para a avaliação da proposta técnica. Também seu procedimento obedece, no início, a tramitação igual à da licitação de melhor técnica. São, igualmente, apresentados dois envelopes, um para técnica e um para preço, abrindo-se antes o primeiro, em sessão pública. Procede-se à atribuição de notas e excluem-se as propostas que não tenham alcançado o índice de suficiência previsto no edital.” (MELLO, 2008, p. 596-599).

Pois bem. Rafael Oliveira (2020, p. 47) em “Licitações e contratos administrativos: teoria e prática” ressalta:

A escolha da proposta mais vantajosa deve respeitar o princípio da impessoalidade

(isonomia) e será efetivada, em regra, por meio do critério “menor preço”. É possível, ainda, a fixação, como critério de julgamento, do menor preço aferido pela oferta de desconto sobre tabela de preços praticados no mercado, desde que tecnicamente justificado (art. 9.º, § 1.º, do Decreto 7.892/2013). O art. 7.º, § 1.º, do Decreto 7.892/2013, alterado pelo Decreto 8.250/2014, admite, excepcionalmente, na modalidade concorrência, a adoção do critério “técnica e preço”.

A Licitação de técnica e preço só é admitida em três casos excepcionais: a) para serviços de natureza predominantemente intelectual⁴²; b) para a contratação de bens e serviços de informática, que, de resto, realizar-se-á com observância do disposto no art. 3º da Lei 8.248/1991⁴³; e c) excepcionalmente, 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 de critérios objetivamente fixados no ato convocatório⁴⁴ (MELLO, 2008, p. 594).

Por último, o tipo “lance ou oferta” será cabível para casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso (art. 45, IV). Assim, em caso de empate entre propostas será realizado sorteio em ato público com todos os litigantes sendo convidados (art. 45, §2º) e serão desclassificadas as propostas que não atenderem às exigências do edital, como ter valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, 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 (art. 48, I e II).

4.9. O tipo “menor preço”

⁴² Art. 46

⁴³ art. 45 §4

⁴⁴ art. 46 §3

Pode-se afirmar que o fator menor preço é o mais relevante para escolha de uma proposta. Isso porque, a licitação busca alcançar a satisfação do interesse público com o menor custo possível, dessa forma, o preço representa o fator de maior relevância, preliminarmente, para seleção de qualquer proposta, sendo que as demais exigências quanto à qualidade e prazo podem variar de acordo com o caso concreto.

Apenas quando o edital estabelecer expressamente que a administração necessita de objeto de qualidade é que será admitida a adoção de outro tipo de licitação que não o menor preço. Assim, pode-se concluir que a licitação do tipo menor preço é a regra para administração, devendo os demais tipos serem utilizados em casos excepcionais. Nesse sentido, (MELLO, 2008, p. 595): *“A regra geral é a do julgamento pelo menor preço, visto que tanto a licitação de melhor técnica quanto a de técnica e preço só têm cabida em três ordens de hipóteses”*.

Nesse âmbito, a jurisprudência do TCU, no sentido de que é incabível a utilização técnica no pregão, visto que se embasa no tipo menor preço. Note-se:

É ilegal a exigência de certificação do Inmetro como requisito de habilitação, contudo não há óbice a adoção de tal certificação como critério de pontuação técnica. Tal tese, todavia, não cabe no pregão, por ser uma modalidade focada no menor preço, e não em pontuação técnica⁴⁵.

Com efeito, o tipo menor preço é como regra utilizada nas licitações que objetivam a compra de bens, em razão da possibilidade de a administração alcançar seus objetivos, apenas especificando requisitos mínimos de qualidade aos produtos que serão adquiridos. Em outras palavras, casos em que o tipo de licitação “menor preço” for adequado, significa que a necessidade estatal poderá ser satisfeita por meio de um produto ou serviço padronizado comum no mercado, o qual não existe especial análise ou composição de forma de prestação. Basta que o objeto apresente requisitos mínimos de qualidade exigidos no edital, justamente o previsto na lei do pregão.

Dito isto, importante ressaltar que o preço nominalmente inferior não é necessariamente o menor preço, tendo em vista que há outros fatores como as condições de pagamento e rendimento do objeto, que podem interferir na conclusão sobre qual é a proposta de fato mais

⁴⁵ Acórdão 545/2014-Plenário - Relator: José Múcio Monteiro

vantajosa à administração pública.

Na mesma linha (MELLO, 2008, p. 596) defende que:

No julgamento pelo menor preço (1) o critério de seleção da proposta mais vantajosa é, como o nome indica, o da oferta menor (art. 45, § 1, 1). Cumpre tomar atenção para o fato de que nem sempre o preço nominalmente mais baixo é o menor preço. Com efeito, uma vez que a lei, em diferentes passagens (art. 43, V, art. 44, caput, e art. 45), refere-se a "critérios de avaliação", a "fatores" interferentes com ela, de par com os "tipos" de licitação, percebe-se que, paralelamente a estes, complementando-lhes a aplicação, podem ser previstos no edital critérios e fatores a serem sopesados para avaliação das propostas.

Logo, adquirir o produto de menor preço, não significa que o produto tem o menor valor nominal. Posto isso, ao elaborar o edital é preciso atentar-se para fixar regras que definam a melhor proposta, com a finalidade de se evitar que seja selecionado um produto ou serviço apenas que tem aparência de possuir o menor preço.

Nesse âmbito, Hely Lopes Meirelles (2016, p. 267), assevera:

Na apreciação do preço deverão ser considerados todos os fatores e circunstâncias que acarretem sua redução ou aumento, tais como modo e prazos de pagamento, financiamento, descontos, carências, juros, impostos e outros de repercussões econômicas efetivas e mensuráveis, pois é do confronto dessas vantagens e desvantagens que se extrai o menor preço e se conhece a proposta mais barata. O essencial é a previsão, explícita ou implícita, desses fatores e a possibilidade de sua quantificação para a demonstração matemática das vantagens ou desvantagens por eles traduzidas.

A legislação denomina esse tipo de licitação, em que o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração estabelece o licitante vencedor que apresentar proposta com menor preço, desde que atendidas as especificações do edital. Perceba-se que mesmo diante de uma gestão entre o maior interesse e a contratação do menor preço, a lei exige que o objeto deve preencher certos requisitos, nesse ponto é necessária estrita observância ao padrão de qualidade mínima e critério de julgamento técnico.

Em outras palavras, pode ser exigido na licitação de menor preço que o produto ou serviço seja dotado de certas características técnicas que proporcionam a uma qualidade mínima

aceitável pela administração. Portanto, não há impedimento para descrição no edital acerca das características que os produtos devem preencher, ou seja, quais os requisitos de qualidade mínima devem ser observados, para que a proposta seja classificada, bem como que as propostas que não se enquadrarem nesses requisitos mínimos sejam desclassificadas.

José dos Santos Carvalho Filho (2019, p. 469) explica que:

O único critério seletivo é o de menor preço (art. 4º, X), mas devem ser examinados outros aspectos contemplados no edital, como o prazo de fornecimento, especificações técnicas e padrões mínimos de desempenho e qualidade. Julgadas e classificadas as propostas, sendo vencedora a de menor preço, o pregoeiro a examinará e, segundo a lei, decidirá motivadamente sobre sua aceitabilidade. Não há, entretanto, indicação do que seja aceitabilidade, mas, considerando-se o sistema licitatório de forma global, parece que a ideia da lei é a de permitir a desclassificação quando o preço ofertado for inexequível, ou seja, quando não comportar a presunção de que o contrato será efetivamente executado. 235 Pode também entender-se que é inaceitável a proposta quando, por exemplo, o produto objeto da futura contratação não atender às especificações técnicas ou ao padrão mínimo de qualidade. Se tal ocorrer, o pregoeiro declarará inaceitável a proposta e desclassificará o licitante. Escolhido o vencedor, pode o pregoeiro negociar diretamente com ele no sentido de ser obtido preço ainda melhor. A negociabilidade é também viável no caso de não ser aceitável a proposta. A norma, como se vê, confere significativo poder de atuação ao pregoeiro, que, no entanto, deve sempre voltar-se para o interesse administrativo que inspira o pregão.

Destaque-se que nesse tipo de licitação é irrelevante quando há produto ou serviço que apresente qualidade muito superior às demais. Uma vez que o edital apenas exige o preenchimento dos requisitos mínimos de qualidade que deverão estar expressamente constantes no instrumento convocatório. Dessa forma, por se tratar de bens e serviços comuns, para determinação do licitante vencedor, na licitação do tipo menor preço o simples preenchimento de requisitos mínimos de qualidade técnica é a suficiente, para que a proposta seja aceita, em atenção ao interesse público.

Ainda, impende destacar que, consoante entendimento firmado pelo TCU, “*menor preço não é justificativa para compra de produtos de baixa qualidade. Deve a Administração, em busca do melhor preço, verificar se as propostas estão de acordo com as especificações do ato convocatório, amostras ou protótipos exigidos.*” Nesse segmento, explica-se que “melhor preço” não é um tipo de licitação, mas sim, é nomenclatura necessária à definição do tipo menor preço, associada a fatores de desempenho, qualidade, funcionalidade e durabilidade.

4.10. Os parâmetros de qualidade no pregão e Especificações técnicas

“Qualidade é a aptidão do objeto para a satisfação de seus fins. Pode ser superior, média ou inferior, mas o que interessa na licitação é a aptidão do objeto para sua destinação específica, ou seja, para realizar a finalidade pretendida pela Administração” (MEIRELLES, 2018, p. 265).

Nesse aspecto, os parâmetros de qualidade na modalidade pregão mostram-se de suma importância para que a aquisição seja vantajosa à administração. Disto, pode-se extrair que na obtenção de bens e serviços comuns, tendo como enfoque o menor preço, os padrões de desempenho e qualidade devem constar objetivamente no edital, por meio de especificações usuais no mercado, nos termos do art 1º Lei do Pregão.

Em complemento, o Decreto nº 5.450/0546, estabelece que para o julgamento das propostas, serão fixados critérios objetivos que possibilitem aferir o menor preço, de acordo com os prazos pré-estabelecidos para execução do contrato ou fornecimento do serviço, bem como as especificações técnicas, consoante padrões mínimos de qualidade, dentre outras condições previstas no edital.

Compreende-se, assim, que o próprio decreto prevê critérios para verificação e posterior classificação da melhor proposta, na medida em que exige para o julgamento das propostas, parâmetros mínimos de qualidade e desempenho. Ainda, permite que sejam realizadas outras exigências, a depender do objeto licitado, nos termos do edital. Frisa-se que é vedado à Administração Pública distanciar-se do critério menor preço o qual deve aliar-se a qualidade e durabilidade, de modo a garantir a obtenção da proposta mais vantajosa, em estrita observância ao interesse público.

Dessa maneira, ainda que haja certo grau de discricionariedade administrativa por parte do Administrador público no âmbito da legislação, o pregoeiro e demais agentes públicos envolvidos, devem obediência aos exatos termos do edital, ao qual vinculam-se. Portanto, o pregoeiro deve desclassificar a proposta que se desviar do pedido proposto ou for omissa em pontos essenciais, sendo inaceitável (MEIRELLES, 2007, p. 157). Nesse segmento, relaciona-

⁴⁶ Art. 2º, §2

se com o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, previsto nos arts. 3º e 41 da Lei 8.666/1993.

De outra parte, a oferta de benefícios não previstos ou vantagens, superiores aos especificados no ato convocatório não prejudica o licitante. Na hipótese em que a vantagem não alterar o gênero do produto ou serviço. Contudo, se o benefício configurar outra espécie, poderá sobrevir a desclassificação da proposta, não pela vantagem oferecida, mas sim, pelo descompasso com o objeto licitado previsto no edital (MEIRELLES, 2007, p. 159).

Nesse mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Tribunal de Contas da União compreendem que não há prejuízo aos princípios da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório, caso haja atendimento aos requisitos do edital e produto com qualidade superior à mínima exigida no certame. Confira-se:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCORRÊNCIA DO TIPO MENOR PREÇO. ATENDIMENTO ÀS REGRAS PREVISTAS NO EDITAL. PRODUTO COM QUALIDADE SUPERIOR À MÍNIMA EXIGIDA. 1. Tratando-se de concorrência do tipo menor preço, não fere os princípios da isonomia e da vinculação ao edital a oferta de produto que possua qualidade superior à mínima exigida, desde que o gênero do bem licitado permaneça inalterado e seja atendido o requisito do menor preço. 2. Recurso ordinário não-provido⁴⁷

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 obtido revelar-se vantajoso para a administração⁴⁸.

Superado o ponto de que bens ou serviços comuns, licitados por meio do pregão, utilizando o menor preço, que apresentem qualidade superior ao previsto no edital, podem ser classificados, desde que o gênero do bem permaneça inalterado. Passa-se a crítica aos órgãos e entidades públicas que adquirem bens ou serviços comuns, apenas com base no menor preço, ou seja o produto “mais barato”, ao passo que não consideram a durabilidade, o custo benefício e a segurança, com precisão e objetividade.

⁴⁷ STJ, MS 15817 RS 2003/0001511-4, 2ª T., Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 03.10.2005 p. 156

⁴⁸ Acórdão 394/2013-Plenário

Com efeito, não é razoável que essa modalidade de licitação que objetiva maior eficiência e celeridade seja utilizada para obtenção de produtos de baixa qualidade, com a equivocada interpretação do critério menor preço. Assim, tendo em vista que o pregão eletrônico é uma modalidade licitatória por menor preço, é forçoso o detalhamento na descrição do objeto, visando a afastar a compra de produtos e serviços de baixa qualidade.

A esse respeito, compete ao licitante *“apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital, em cujo teor deverá haver a descrição minuciosa e cautelosa do objeto do certame, visando garantir a aquisição de objetos de qualidade⁴⁹.”*

Imperioso para que a licitação seja bem sucedida que o objeto esteja objetivamente e competentemente descrito no edital, para que não exista dúvidas por parte dos licitantes - futuros fornecedores -, bem como do pregoeiro - responsável pelo certame. Tal imposição encontra-se prevista no art. 14 da lei de licitações, cujo dispõe: *“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.”*

No entanto, quando a especificação é insuficiente, tem-se uma aquisição não vantajosa à administração. Isso porque, o objeto pretendido encontra qualidade inferior ao requisitado, gerando prejuízos ao erário. Desse modo, o menor preço refere-se ao atendimento às especificações exigidas no ato convocatório.

Destaca-se que as exigências presentes no edital não devem ultrapassar a finalidade administrativa, sendo vedado o direcionamento a um único fornecedor, por meio da especificação do bem.

Consoante art. 44 §3 da lei 8.666/1993, pode-se extrair que não atende ao interesse público proposta inexequível, pois por apresentar preço irrisório ou de valor zero, não é capaz de custear a prestação almejada pela Administração pública, gerando prejuízos a médio e a longo prazo (RAMOS, 2005, p. 172). Isso pois, principalmente no pregão, a revisão de preços

⁴⁹ DIAS, Mariana Dattoli Gouveia. O problema das compras de baixa qualidade decorrentes da utilização do pregão eletrônico. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 28 ago 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/39405/o-problema-das-compras-de-baixa-qualidade-decorrentes-da-utilizacao-do-pregao-eletronico>. Acesso em: 03 ago 2021.

é uma exceção e o adimplemento do contrato licitatório na forma como foi adjudicado deve ser a regra.

Diante do exposto, as especificações técnicas do objeto, de forma clara e que esgote as necessidades da administração no edital, é medida que se impõe para garantir a qualidade dos produtos licitados, mediante critério menor preço, via modalidade pregão.

4.11. A exigência de amostras

Nos termos da lei 10.520/2002, o edital pode prever a solicitação de amostras dos produtos, ou demonstração de serviços, quando for fundamental para garantir a seleção da proposta mais vantajosa, prevenindo a ocorrência de problemas durante a posterior execução do contrato. A exigência de apresentação de amostra deve ser manifesta, diante de prazo razoável para sua apresentação, a razoabilidade deve ser analisada de acordo com grau de complexidade do objeto licitado e deve considerar a possibilidade de os licitantes se encontrarem em estados da Federação distintos do de realização do certame.

Essa exigência, quando prevista, não constitui requisito de habilitação, mas, sim, etapa do procedimento licitatório necessária à aceitação da proposta vencedora. Com efeito, além do prazo para apresentação, o ente requisitante deve estabelecer com clareza e objetividade as condições e os critérios de avaliação e julgamento relativos ao exame e, quando necessário, ajustes da amostra ou da demonstração do serviço. Deve limitar-se ao licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar, convocando-se o subsequente na hipótese de não entrega ou rejeição do produto ou serviço apresentado pelo primeiro.

Nesse segmento, o Pregoeiro examinará a proposta mais bem classificada quanto à compatibilidade do preço ofertado com o valor estimado e à compatibilidade da proposta com as especificações técnicas do objeto.

Em atenção ao princípio do julgamento objetivo, as condições e os critérios de avaliação e julgamento das amostras ou dos serviços apresentados devem ser definidos com clareza e objetividade, propondo-se à verificação de que o produto ou o serviço ofertado atende às especificações estabelecidas no instrumento convocatório, principalmente quanto à qualidade, desempenho e funcionalidade.

A esse respeito, frisa-se a jurisprudência do TCU, no sentido de que a apresentação de amostras, na modalidade pregão, deve ser apenas quando estritamente necessário, deve haver clareza no edital para sua determinação, bem como que deve ser restrita aos classificados em primeiro lugar. Confira-se:

Restrinja a apresentação de amostras, quando necessária, aos licitantes provisoriamente classificados em primeiro lugar, e desde que de forma previamente disciplinada e detalhada no respectivo instrumento convocatório, nos termos do art. 45 da Lei 8.666/1993 c/c o art. 4º, inciso XVI, da Lei 10.520/2002 e o art. 25, § 5º, do Decreto 5.450/2005⁵⁰.

Jurisprudência do TCU Exija, em processos licitatórios, prova de conceito ou apresentação de amostras, documente os procedimentos que atestaram a avaliação e a homologação ou rejeição do objeto licitado, atentando para a descrição dos roteiros e testes realizados e sua vinculação com as características técnicas e funcionalidades desejadas, em obediência aos princípios do julgamento objetivo e da vinculação ao instrumento convocatório, bem assim da publicidade e da motivação, previstos no art. 3º da Lei nº 8.666/1993 e no art. 2º da Lei nº 9.784/1999⁵¹.

Faça constar dos editais, detalhadamente, os critérios de avaliação, as atividades de aferição de compatibilidade, bem assim os planos, casos e relatórios de teste, quando se tratar de objeto cuja aceitação esteja sujeita a esses procedimentos, viabilizando, sempre que demandado por licitantes, a inspeção às amostras apresentadas, a fim de que os interessados verifiquem a compatibilidade com as exigências contidas no edital, em atenção ao art. 40, incisos VII e XVI da Lei nº 8.666/1993 e garantindo a eficácia ao princípio da publicidade consagrado no caput do art. 3º da citada lei⁵².

Por fim, consoante entendimento do TCU, deve-se avaliar, a possibilidade de se considerar a amostra aprovada como unidade do objeto, evitando a imposição de gasto desnecessário ao licitante e, por conseguinte, à própria Administração, uma vez que o custo unitário relativo à amostra não incluída no quantitativo desejado será inevitavelmente inserido nos preços constantes das propostas.

Nesse sentido, a título de exemplo, destaca-se o estudo publicado na Revista de Direito Público de Londrina intitulado “*Visão Jurídico-Administrativa nas Aquisições por Pregão:*

⁵⁰ Acórdão 2749/2009 Plenário

⁵¹ Acórdão 2932/2009 Plenário

⁵² Acórdão 1512/2009 Plenário

*Busca de Qualidade em Hospital Universitário do Rio De Janeiro*⁵³”, que por se tratar de aquisições, por meio do pregão, de materiais hospitalares, demandam qualidade técnica. Dessa forma, concluiu pela necessidade de realização de comissão de pré-qualificação, ainda que não prevista na Lei do Pregão, justificada pela morosidade dos testes das amostras no curso da modalidade licitatória que visa à celeridade e desburocratização.

O estudo ainda destacou ser necessária a fase preliminar, tendo em vista os inúmeros pareceres negativos que corroboram no sentido de que a baixa qualidade dos insumos oferecidos pelos licitantes pode trazer prejuízos para a administração nos aspectos financeiros, sobretudo no agravamento do quadro clínico dos pacientes e estresse das equipes de saúde envolvidas no procedimento.

Dessa forma, a exigência de amostras no pregão, mostra-se morosa e afastada dos objetivos da modalidade, sendo necessário pensar caminhos alternativos que garantam a qualidade dos produtos, sem que haja perda da celeridade almejada pelo pregão.

4.12. A exigência de padrões mínimos de qualidade dentro do contexto da licitação do tipo menor preço

Nos moldes da Súmula 177 do TCU:

A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.

O tipo de licitação escolhido pela Administração deve ser mencionado no edital, assim como os critérios escolhidos, para que não se afete o princípio da igualdade entre os proponentes (art. 44, §1º), bem como, a fim de que se evite que alguma proposta seja recusada por critérios obscuros e desconhecidos. Como anteriormente exposto, a regra geral é a utilização do tipo “menor preço”, que consiste na seleção da proposta mais econômica para a Administração e que atende também as especificações do edital (art. 45, §1º, I).

⁵³ Revista do Direito Público, Londrina, v. 14, n. 2, p. 10-27, ago. 2019.

Essa preferência da legislação reduz a margem de liberdade de escolha em decisões discricionárias, uma vez que a seleção pelo menor preço é objetiva e não depende de considerações mais genéricas, o que também pode promover uma maior celeridade. Contudo, o menor preço nominal não significa necessariamente a opção menos custosa (MELLO, 2009, p. 595-596) as condições de pagamento e rendimento são fatores que devem ser considerados para apontar qual proposta detém, de fato, o menor preço. Sobre o assunto, Di Pietro (2014, p. 430-433) afirma que a predileção pelo menor preço é tal que até mesmo na licitação de “melhor técnica”, a opção de menor preço é preferível, conforme fica evidente no art. 46, §1º, que determina que os convites de menor valorização serão abertos primeiro porque essa é a ordem de preferência.

Ainda que compreensível a tentativa de poupar recursos do Estado, a escolha feita pelo legislador ao editar a norma torna possível a escolha por contratos que não oferecem o melhor produto ou serviço e, dependendo da qualidade ofertada, sendo essa demasiadamente inferior, o interesse público seria ferido. Para que isso não ocorra, o edital deve ser escrito de maneira cautelosa e definir quais são os critérios técnicos mínimos necessários que são esperados (art. 30, II), para que a escolha pela opção mais barata não acarrete prejuízos futuros.

Como sabido, o inciso X do art. 4º da Lei 10.520/2002, estabelece que “*para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital*⁵⁴”. A análise do fator qualidade é importante em cada licitação, visto que depende do objetivo almejado pela administração, alterando os níveis de qualidade entre superior, médio e inferior.

Diante desse cenário, incube à Administração Pública solicitar a qualidade pretendida e dar a esse fator, para critério de julgamento, o peso que reputar conveniente. Ademais, objetivando a realização da licitação, “*a qualidade compreende a segurança, a confiabilidade e a durabilidade do objeto solicitado*” (MEIRELLES, 2018, p. 265-269).

Na busca pela oferta mais vantajosa à Administração, tendo como base o menor preço ou maior desconto, deve-se atentar aos parâmetros mínimos de desempenho e qualidade,

⁵⁴ Grifou-se

objetivamente definidos no edital. Veja-se o entendimento do TCU:

No entendimento de Marçal Justen Filho, in ‘Comentários à lei de licitações e contratos administrativos’, 11ª edição, São Paulo: Dialética, 2005, página 435, para a Administração o preço representa o fator de maior relevância, em princípio, para seleção de qualquer proposta a licitação sempre visa à obtenção da melhor proposta pelo menor custo possível. Esse fator ‘menor custo possível’ é comum em toda e qualquer licitação; as exigências relativas à qualidade, prazo, etc., podem variar caso a caso, porém, quando se trata do preço, a Administração Pública tem o dever de buscar o menor desembolso de recursos, a fazer-se nas melhores condições possíveis. Prossegue Marçal, na obra citada, página 436, que o preço representa o fator de maior relevância, em princípio, para a seleção de qualquer proposta, pois a licitação visa obter a melhor proposta pelo menor custo possível. Exigências quanto à qualidade, prazo, etc., podem variar caso a caso, entretanto, isso não ocorrerá no tocante ao preço. Assim, a regra é o tipo de licitação ‘menor preço’. Analisa, ainda, o mesmo professor, página 439, que não se trata de afirmar que, na licitação de menor preço, a Administração pode ser satisfeita mediante qualquer produto, apenas interessando a ela que o preço seja o menor. Essa afirmativa é incorreta, pois a Administração (como qualquer adquirente de bens e serviços) exige sempre uma qualidade mínima, abaixo da qual o objeto é imprestável. As licitações de ‘melhor técnica’ e de ‘técnica e preço’, tratadas no art. 46, da Lei nº 8.666/1993, foram reservadas para situações especialíssimas, aplicando-se por exceção, sendo a regra a licitação de menor preço.

(...)

No entendimento de Marçal Justen Filho, in ‘Comentários à lei de licitações e contratos administrativos’, 11ª edição, São Paulo: Dialética, 2005, página 439, não se trata de afirmar que, na licitação de menor preço, a Administração pode ser satisfeita mediante qualquer produto, apenas interessando a ela que o preço seja o menor. Essa afirmativa é incorreta pois a Administração (como qualquer adquirente de bens e serviços) exige sempre uma qualidade mínima, abaixo da qual o objeto é imprestável. As licitações de ‘melhor técnica’ e de ‘técnica e preço’, tratadas no art. 46, da Lei nº 8.666/1993, foram reservadas para situações especialíssimas, aplicando-se por exceção, sendo a regra a licitação de menor preço⁵⁵.

Assim, é imprescindível a aferição, do caso concreto, da adequação do procedimento do pregão, bem como ao atendimento do específico interesse público que a Administração pretende atingir com a licitação. Nesse mesmo sentido (MONTEIRO, 2006, p. 191-213)⁵⁶:

A análise, portanto, quanto ao cabimento do pregão, prescinde de qualquer definição técnica para apartar os dois conceitos; depende, em verdade, do objeto licitado. Se a estrutura procedimental do pregão for incompatível com a segurança e certeza que a complexidade do objeto exige no caso concreto, então não será o caso de licitação por

⁵⁵ Acórdão 2391/2007 Plenário (Relatório do Ministro Relator)

⁵⁶ MONTEIRO, Vera. Pregão para obras e serviços de engenharia. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 6, n. 24, p. 191-213, abr./jun. 2006. Disponível em <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/viewFile/666/94> acesso em 23 de agosto de 2021.

pregão. Esta situação estará presente nas contratações de objeto complexo, que são aqueles que, pela sua natureza, apesar de serem licitados pelo critério de menor preço, admitem concepções técnicas diversas para a sua execução e, por essa razão, demandam a apresentação de metodologia de execução por parte do licitante, como medida garantidora de segurança na contratação. Assim, o Decreto Estadual nº 47.297, de 6.11.2002, na redação dada pelo Decreto nº 49.722, de 24.06.2005, deve ser interpretado no sentido de que é vedado o uso da modalidade de pregão para objetos complexos, o que evidentemente não é o caso apresentado na Consulta. É lícito à empresa estatal realizar pregão no caso sob consulta, uma vez que não há impedimento para a caracterização dos itens lá previstos como serviços comuns.

Nesse escopo, destaca-se o artigo intitulado “*Processo licitatório tipo menor preço e eficiência em compras públicas: um estudo de caso*”⁵⁷, o qual se propôs a investigar se o desconto percebido pelo critério obrigatório na modalidade pregão, qual seja o menor preço, relaciona-se com os custos de transação posteriores às contratações feitas pelo Instituto Federal ES (IFES). Utilizou-se dos dados do COMPRASNET e relatórios do instituto. Objetivando verificar se o critério menor preço garante eficiência das compras públicas, analisou licitações de bens patrimoniáveis, realizada em 2010 pelo IFES. A pesquisa revelou resultados que sugerem que “*características da licitação e dos licitantes influenciam na ocorrência de custos de adaptação decorrentes de não conformidades contratuais e que existe uma relação positiva, mas de pequeno efeito entre o desconto e a qualidade do produto*”.

Dessa maneira, o primeiro passo é verificar se a modalidade pregão é adequada ao objeto pretendido, ou seja, questionar se trata de bem ou serviço comum. Em seguida, o objeto deve estar claramente delimitado no edital, com todas as especificações técnicas. Por fim, como resultados práticos, tem-se, na maioria das vezes, a aquisição de bens e serviços de qualidade, visto que o menor preço, decorre da constatação de proposta mais vantajosa à Administração Pública, devendo obedecer a parâmetros mínimos de qualidade, segurança, confiabilidade e durabilidade.

⁵⁷ ARAUJO, Paula Mara Costa de; JESUS, Renata Gomes de. Processo licitatório tipo menor preço e eficiência em compras públicas: um estudo de caso. Revista Principia - Divulgação Científica e Tecnológica do IFPB, [S.l.], n. 41, p. 24-38, jun. 2018. ISSN 2447-9187. Disponível em: <<https://periodicos.ifpb.edu.br/index.php/principia/article/view/2021>>. Acesso em: 24 Ago. 2021. doi:<http://dx.doi.org/10.18265/1517-03062015v1n41p24-38>.

5. CONCLUSÃO

Neste trabalho abordou-se o tema acerca da possibilidade de aquisição de bens e serviços de qualidade no pregão, cujo obrigatoriamente, tem como parâmetro o tipo menor preço. Dessa forma, concluiu-se que, se respeitados os parâmetros mínimos de qualidade objetivamente dispostos no edital, bem como compreender o real significado de menor preço, qual seja, mais vantajoso, que garanta tanto a durabilidade, segurança, como melhor oferta à Administração Pública, há intersecção entre a qualidade e o menor preço do pregão.

Nesse âmbito da proposta, colocou-se em xeque diversas correntes doutrinárias como Maria Silvia Di Pietro (2020), Justen Marçal Filho (2010), José dos Santos Carvalho Filho (2019), Hely de Lopes Meirelles (2016), Celso Antônio Bandeira de Mello (2008), Rafael Carvalho Rezende de Oliveira (2020), Alexandre dos Santos Aragão (2013). Foram analisados os princípios gerais do Direito Administrativo, específicos das licitações, previstos na Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993), e os princípios específicos dos pregões, previstos na Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002); discorreu-se sobre as definições de pregão e licitação, suas particularidades e modalidades, bem como, esclareceu-se em que medida se pode exigir parâmetros de qualidade e técnica dentro do contexto do tipo “menor preço”, obrigatório no âmbito do pregão.

Essa conclusão principal pautou-se em premissas, as quais serão sumarizadas a seguir:

(i) contexto histórico do surgimento da Lei de licitações e do pregão na medida em que a Lei nº 10.520/2002, fundamentada no art. 37, XXI, da CRFB/88, que converteu a medida Provisória 2026/2000, solucionou a controvérsia ao esclarecer que a modalidade pregão é aplicável à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Impende, pois, destacar que a referida Lei é complementar a Lei 8.666/1993, de modo que esta aplica-se de forma subsidiária à modalidade pregão.

(ii) os princípios orientadores da Administração Pública são: Legalidade, impessoalidade, supremacia do interesse público em detrimento do privado, moralidade, publicidade e eficiência. A Aplicação destes no âmbito da licitação e do pregão, em cada uma de suas Fases e objetivos, como desdobramentos os princípios da Vinculação ao Instrumento Convocatório, do Julgamento Objetivo e da Adjudicação Compulsória.

(iii) A possibilidade de exigência de qualidade técnica na aquisição de serviços e produtos via órgão eletrônico, a exemplo de pareceres e amostras, desde que constem explicitamente no edital

(iv) Tendo como limites das especificações técnicas o padrão mínimo de qualidade previsto no edital.

(v) A relação entre menor preço e qualidade técnica, pode ser sintetizada em atendimento das exigências do edital.

(vi) O tratamento dado a temática pelo TCU corrobora a tese proposta, visto que a busca pela oferta mais vantajosa à Administração, tendo como base o menor preço ou maior desconto, deve-se atentar aos parâmetros mínimos de desempenho e qualidade, objetivamente definidos no edital.

6. REFERÊNCIAS

Alexandrino, Marcelo. **Direito Administrativo Descomplicado**, Marcelo Alexandrino/Vicente Paulo. 19. Ed Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

Amorim, Victor Aguiar Jardim de, 1986-**Licitações e contratos administrativos : teoria e jurisprudência** / Victor Aguiar Jardim de Amorim. – Brasília : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

Aragão, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo** / Alexandre Santos de Aragão. – 2.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

Araujo, Paula Mara Costa de; Jesus, Renata Gomes de. **Processo licitatório tipo menor preço e eficiência em compras públicas: um estudo de caso**. Revista Principia - Divulgação Científica e Tecnológica do IFPB, [S.l.], n. 41, p. 24-38, jun. 2018. ISSN 2447-9187. Disponível em: <<https://periodicos.ifpb.edu.br/index.php/principia/article/view/2021>>. Acesso em: 24 Ago. 2021. doi:<http://dx.doi.org/10.18265/1517-03062015v1n41p24-38>.

Brasil. Câmara dos Deputados “**Exposição de Motivos da Lei nº 10.520**” Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2002/lei-10520-17-julho-2002-472321-exposicaodemotivos-150131-pl.html>> Acesso em 11/07/2021.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____. **DECRETO Nº 10.024, DE 20 DE SETEMBRO DE 2019** “Regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal”. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10024.htm> acesso em 14/08/2021.

_____. **DECRETO Nº 3.555, DE 8 DE AGOSTO DE 2000.**”Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns.”. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3555.htm> acesso em 14/08/2021.

_____. **DECRETO Nº 3.724, DE 10 DE JANEIRO DE 2001.** “Regulamenta o art. 6o da

Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, relativamente à requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas.” Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3724.htm> Acesso em 14/08/2021.

_____. **DECRETO Nº 7.174, DE 12 DE MAIO DE 2010.** “Regulamenta a contratação de bens e serviços de informática e automação pela administração pública federal, direta ou indireta, pelas fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público e pelas demais organizações sob o controle direto ou indireto da União.” Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/decreto/d7174.htm> acesso em 14/08/2021.

_____. **DECRETO Nº 3.693, DE 20 DE DEZEMBRO DE 2000.** “Dá nova redação a dispositivos do Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços, aprovado pelo Decreto nº 3.555, de 8 de agosto de 2000.” Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3693.htm> acesso em 14/08/2021.

_____. **DECRETO Nº 5.450, DE 31 DE MAIO DE 2005.** “Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.” (Revogado pelo Decreto nº 10.024, de 2019). Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm> acesso em 14/08/2021.

_____. **LEI Nº 8.666, 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/l8666cons.htm> acesso em 13/07/2021.

_____. **LEI Nº 10.520, DE 17 DE JULHO DE 2002.** “Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.”. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm> acesso em 11/07/2021.

_____. **LEI Nº 10.191, DE 14 DE FEVEREIRO DE 2001.** “Dispõe sobre a aquisição de produtos para a implementação de ações de saúde no âmbito do Ministério da Saúde.” Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10191.htm> acesso em 14/08/2021.

_____. **LEI Nº 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021.** “Lei de Licitações e Contratos

Administrativos.” Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm> acesso em 14/08/2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **MS 15817 RS 2003/0001511-4**, Segunda Turma., Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 03.10.2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MS: 23780/MA**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 03/03/2006.

_____. Tribunal de Contas da União. **Súmula 177/1982**, publicação em 26/10/1982

_____. Tribunal de Contas da União. **Súmula 257/2010**, publicação em 28/04/2010.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n° 545/2014-Plenário**, Rel. José Múcio Monteiro, DJ 12/03/2014.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n° 1953/2021**, Plenário, Rel. Min. André de Carvalho, DJ 11/08/2021.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n° 1.940/2015**, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, DJ 05.08.2015 (Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU n. 254).

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n° 2391/2007**, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, DJ 14/11/2007.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n° 2749/2009**, Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman, DJ 18/11/2009.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n° 394/2013**, Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro, DJ 6/03/2013.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n° 2932/2009**, Plenário, Rel. Min. André de Carvalho, DJ 02/12/2009.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n° 1512/2009**, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, DJ 08/07/2009.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n° 2340/2009**, Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro, DJ 07/10/2009.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n° 1700/2007**, Plenário, Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça, DJ 22/08/2007.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n° 604/2009**, Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman, DJ 01/04/2009.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n° 080063420091**, Rel. Valmir Campelo, DJ: 07/10/2009.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n° 11211/2021**, Primeira Câmara, Rel. Augusto Sherman. DJ 10/08/2021.

_____. Tribunal de Contas da União, Plenário, **Acórdão n° 3.048/2008**, Rel. Min. Augusto Nardes, 10.12.2008; TCU, Plenário, Acórdão 180/2015, Rel. Min. Bruno Dantas, 04.02.2015 (Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU n. 229).

_____. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos : orientações e jurisprudência do TCU** / Tribunal de Contas da União. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília : TCU, Secretaria-Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

Carvalho Filho, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo** / José dos Santos Carvalho Filho. – 23. ed. – São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Manual de Direito Administrativo** / José dos Santos Carvalho Filho. – 33. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

_____. **Manual de direito administrativo** / José dos Santos Carvalho Filho. – 34. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

Dias, Mariana Dattoli Gouveia. **O problema das compras de baixa qualidade decorrentes da utilização do pregão eletrônico**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 28 ago 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/39405/o-problema-das-compras-de-baixa-qualidade-decorrentes-da-utilizacao-do-pregao-eletronico>. Acesso em: 03 ago 2021.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo** / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 27 ed. São Paulo; Atlas, 2014.

_____. **Direito administrativo** / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 29. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Direito administrativo** / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. **Direito administrativo** / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 33. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020..

Faria, Evandro Rodrigues de. E outros. **Pregão eletrônico versus pregão presencial: estudo comparativo de redução de preços e tempo**. Revista de Contabilidade do Mestrado em Ciências Contábeis da UERJ (online), Rio de Janeiro, v. 16, n. 1, p. 47 - p. 62, jan./abril, 2011.

Gasparini, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

Gordillo, Agustin. **La administracion paralela: el parasistema juridico - administrativo** / Agustin A. Gordillo. Imprenta: Madrid, Civitas, 1982.

Hobbes, Thomas. **Leviatã: ou a matéria, forma e poder de uma República eclesiástica e civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

Justen Filho, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, 18. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

Lakatos, Eva Maria; Marconi, Marina de Andrade. **Metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

Marinela, Fernanda. **Direito administrativo** / Fernanda Marinela. – 9. ed. – São Paulo. Saraiva, 2015.

Mazza, Alexandre. **Manual de direito administrativo** / Alexandre Mazza. – 9. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

Medauar, Odete. **Direito Administrativo moderno**/ Odete Medauar. 21. ed. – Belo Horizonte : Fórum, 2018.

Meirelles, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro** / Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. - 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. - São Paulo : Malheiros, 2016.

Mello, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo** – 26 ed. – São Paulo:Malheiros, 2009.

_____. **Curso de Direito Administrativo** – 32 ed. – São Paulo:Malheiros, 2014.

Miranda, Henrique Savonitti. **Licitações E Contratos Administrativos**. Senado Federal. 2005.

Monteiro, Vera. **Pregão para obras e serviços de engenharia**. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 6, n. 24, p. 191-213, abr./jun. 2006. Disponível em <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/viewFile/666/94> acesso em 23 de agosto de 2021.

Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial** / Diogo de Figueiredo Moreira Neto. – 16. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro : Forense, 2014.

Oliveira, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos** / Rafael Carvalho Rezende Oliveira. – 4ª. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

_____. **Curso de direito administrativo** / Rafael Carvalho Rezende Oliveira. – 8. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2020.

_____. **Licitações e contratos administrativos: teoria e prática** / Rafael Carvalho Rezende Oliveira. – 9. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

Pereira, Luiz Carlos Bresser. **Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. Reforma do Estado e Administração Pública gerencial.** 7. Ed. Rio de Janeiro: FGV, 2008. p. 29.

Ramos, Dora Maria de Oliveira Ramos. **Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos.** São Paulo: Malheiros, ed. 1, 2005.p.172.

Reale, Miguel, 1910-2006 **Filosofia do direito** / Miguel Reale. - 19. ed. - São Paulo Saraiva, 1999.

Spitzcovsky, Celso. **Direito administrativo esquematizado/** Celso Spitzcovsky. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

Vilas Filho, Fabio Gonçalves; Machado, Wiliam Cesar Alves; Figueredo, Nébia Maria Almeida. **Visão jurídico-administrativa nas aquisições por pregão: busca de qualidade em hospital universitário do rio de janeiro.** Revista do Direito Público, Londrina, v. 14, n. 2, p. 10-27, ago. 2019.

Zanotello, Simone. **Manual de redação, análise e interpretação de editais de licitação: de acordo com o projeto de lei n. 32/2007, que altera a Lei n. 8.666/93** / Simone Zanotello. Imprensa: São Paulo, Saraiva, 2008.