



**FACULDADE DE INHUMAS
CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR DE INHUMAS**

CURSO DE DIREITO

IRENE DE PAULA BARBOSA RIBEIRO

**A INFLUÊNCIA DOS TIPOS DE LICITAÇÃO NA QUALIDADE DOS PRODUTOS
ADQUIRIDOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**INHUMAS-GO
2022**

IRENE DE PAULA BARBOSA RIBEIRO

**A INFLUÊNCIA DOS TIPOS DE LICITAÇÃO NA QUALIDADE DOS PRODUTOS
ADQUIRIDOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Faculdade de Inhumas (FACMAIS), como requisito
para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

**Professor (a) orientador (a): Prof. Esp. Wendell
Pereira Gonzaga**

**INHUMAS – GO
2022**

IRENE DE PAULA BARBOSA RIBEIRO

**A INFLUÊNCIA DOS TIPOS DE LICITAÇÃO NA QUALIDADE DOS PRODUTOS
ADQUIRIDOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO DA ALUNA

Inhumas (GO), 23 de maio de 2022

BANCA EXAMINADORA

Prof Wendell Pereira Gonzaga - Facmais
(orientador e presidente)

Prof Cauê Ramos Andrade - Facmais

FACULDADE DE INHUMAS FACMAIS

CURSO DE DIREITO

**DECLARAÇÃO DE APTIDÃO
DO ACADÊMICO PARA A BANCA EXAMINADORA**

A acadêmica IRENE DE PAULA BABOSA RIBEIRO do 10º Período do Curso de Direito da FacMais está apta a apresentar a monografia intitulada: **A INFLUÊNCIA DOS TIPOS DE LICITAÇÃO NA QUALIDADE DOS PRODUTOS ADQUIRIDOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

perante a Banca Examinadora da Faculdade de Inhumas (FacMais).

Inhumas, 23 de maio de 2022

WENDELL PEREIRA
GONZAGA:988425361
361

Assinado de forma digital
por WENDELL PEREIRA
GONZAGA:988425361
Dados: 2022.05.23
14:46:27 -03'00'

WENDELL PEREIRA GONZAGA
Professor(a) orientador(a)

Visto da coordenação: _____

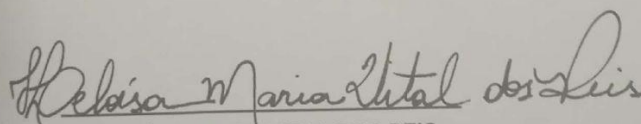
Inhumas, GO ____/05/2022.

TERMO DE REVISÃO ORTOGRÁFICA E GRAMATICAL

INFORMAÇÕES GERAIS	
CURSO	DIREITO
ORIENTADOR(A)	WENDELL PEREIRA GONZAGA
TEMA:	A INFLUÊNCIA DOS TIPOS DE LICITAÇÃO NA QUALIDADE DOS PRODUTOS ADQUIRIDOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
DISCENTE 1:	IRENE DE PAULA BARBOSA RIBEIRO

Eu, **HELOÍSA MARIA VITAL DOS REIS**, docente habilitada na área de Letras, afirmo ter realizado a revisão ortográfica e gramatical no TCC acima descrito. Declaro que o mesmo se encontra apto a ser entregue à secretaria acadêmica da Faculdade de Inhumas FacMais, para ser disponibilizado à Banca de Avaliação.

INHUMAS(GO), 20 de MAIO de 2022.


HELOÍSA MARIA VITAL DOS REIS
DOCENTE REVISORA

DEDICATÓRIA

Dedico esta monografia ao meu filho, Renato Barbosa Ribeiro, meu incentivador, sempre, e agradeço pela compreensão e aceitação de minhas ausências do convívio familiar, sem nunca reclamar.

À minha irmã, Maria José Galvão Dutra, símbolo de apoio, compreensão e força, pois, sem ela nada disso seria possível.

Ao meu irmão, tão precocemente desencarnado, Divino de Paula Barbosa, in memoriam, seu sonho em cursar Direito me incentivou a fazer por ele, encarando esse enorme desafio, numa etapa da vida, aparentemente, tardia, porém, foi quando a vida me deu oportunidade.

A todos os meus amigos que me incentivaram e incentivam, todos os dias, me passando a energia necessária à empreitada, meu alicerce.

A todos, o meu amor e a minha gratidão.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus, por me permitir chegar até aqui, lúcida e com saúde, um privilégio negado à muitos.

Aos familiares, encarnados e desencarnados, pela sustentação em todos os momentos.

Ao meu orientador, professor Wendell Pereira Gonzaga, pelo privilégio a mim concedido, aceitando meu convite e pela paciência comigo. Gratidão!

Aos professores, todos, pelo carinho e dedicação, nos levando conhecimento e a paixão pelo fazer Direito.

Aos colegas de curso, companheiros nessa jornada, obrigada pelo acolhimento, paciência e ajuda, fundamentais em momentos difíceis.

Sentirei muitas saudades!

“A diferença entre o dinheiro miúdo e o dinheiro graúdo, é que este, naturalmente, fala mais alto.”

Millôr Fernandes

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

C.F - Constituição Federal

RMS - Recurso em Mandado de Segurança

STJ - Superior Tribunal de Justiça

STF - Superior Tribunal Federal

TCU - Tribunal de Contas da União

Resumo

O objetivo deste trabalho é analisar o processo licitatório, sob a ótica do princípio da eficiência, inserido do artigo 37 do texto constitucional, através da Emenda Constitucional nº 19/1998 e sua aplicabilidade nas licitações, principalmente, nos processos onde prevalece o critério do menor preço, como fator de julgamento, tendo em vista as contratações de produtos e serviços de baixa qualidade, atribuídas a esse critério. Analisar também as diversas modalidades de licitação e aquelas onde predomina o critério do menor e ou menor custo e, ao final, analisar as medidas que podem inibir falhas e condutas que comprometem o processo licitatório e garantir qualidade e satisfação com as contratações feitas pela Administração Pública.

Palavras chave: Eficiência Administrativa. Licitação. Modalidade. Princípio da Eficiência. Qualidade.

ABSTRACT

The objective of this work is to analyze the bidding process, from the perspective of the principle of efficiency, inserted in article 37 of the constitutional text, through Constitutional Amendment No. 19/1998 and its applicability in bids, especially in processes where the lowest price criterion prevails as a judgment factor, in view of the contracting of low quality products and services, attributed to this criterion. Also analyze the different types of bidding and those where the criterion of lowest and or lowest cost prevails and, at the end, to analyze the measures that can inhibit failures and conducts that compromise the bidding process and guarantee quality and satisfaction with the contracts made by the Public Administration.

Keywords: Administrative Efficiency. Bidding. modality. Principle of Efficiency. Quality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
1 A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, EFICÁCIA E ECONOMICIDADE NOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS E A BUSCA PELA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	16
1.1 A Reforma Administrativa e a Emenda Constitucional 19/98.....	16
1.2 Princípio da Eficiência.....	18
1.3 Princípios da Eficácia, Eficiência e Economicidade.....	19
2. O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A LICITAÇÃO PÚBLICA: CONCEITO, FINALIDADE, PRINCÍPIOS, PROCEDIMENTOS, TIPOS E O CRITÉRIO DE MENOR PREÇO.....	22
2.1 Licitação Pública - Conceito e finalidade.....	22
2.2 Dos Princípios.....	24
2.3 Do Processo Licitatório... ..	25
2.4 Das modalidades de licitação	27
2.5 O critério menor preço.....	28
3. O MENOR PREÇO COMO CRITÉRIO PARA ESCOLHA DO VENCEDOR DO CERTAME, CONFORME O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, E A SUA INFLUÊNCIA QUANTO AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.....	36
3.1 Critério do menor preço é ineficiente?.....	36
3.2 Condutas inibidoras de baixa qualidade de produtos e serviços nos processos licitatórios onde predomine o critério menor preço.....	37
3.2.1 Da capacidade técnica do corpo de servidores envolvidos com o processo licitatório.....	38
3.2.2 Individualização do objeto de forma correta.....	39
3.2.3 Exigência de amostras estipuladas em edital.....	40
3.2.4 Desclassificação de licitantes por falta de qualificação técnica.....	41
3.2.5 Conformidade das propostas com o edital.....	41
3.2.6 Da desclassificação das propostas inexequíveis.....	42

3.2.7 Da classificação das propostas.....	42
3.2.8 Correta execução e fiscalização do contrato.....	43
3.2.9 - Inexecução do contrato e aplicação de sanções administrativas.....	44
CONCLUSÃO.....	46
REFERÊNCIAS	48

INTRODUÇÃO

No Brasil é fácil identificar problemas nas contratações feitas pela Administração Pública, nas três esferas de governo, oriundas de processos licitatórios. O problema é recorrente na contratação de obras, serviços e aquisição de produtos. A legislação, ao estabelecer o critério menor preço, como prioridade, parece se preocupar mais com a economia que a contratação pode gerar aos cofres públicos, em detrimento da satisfação e eficácia da contratação.

As contratações que observam, apenas, o critério do menor preço são vistas com desconfiança e, também, como problemáticas e comprometedoras da qualidade e eficiência dos serviços públicos, tanto por quem os oferta, quanto pelo cidadão que os utiliza. É preciso, portanto, priorizar a eficiência nas contratações por meio de processos licitatórios, buscando, além da economia aos cofres públicos, a qualidade dos produtos, serviços e obras públicas.

O objetivo é investigar se os tipos de licitação comprometem o princípio da eficiência e economicidade nas compras e contratações realizadas pela administração pública.

A bibliografia escolhida para o desenvolvimento deste trabalho buscou dar sustentação ao tema, procurando apresentar possíveis respostas aos problemas apresentados.

O norte desse trabalho é tentar fazer com que o princípio da eficiência administrativa predomine nas licitações, onde o critério do menor preço seja fator de escolha do vencedor do certame, além da economia que possa gerar com a contratação.

Na abordagem foi utilizado o método indutivo, ampla pesquisa bibliográfica, através de trabalhos acadêmicos, doutrinas e jurisprudência dos tribunais superiores.

O primeiro capítulo abordará o princípio da eficiência e um breve histórico da reforma administrativa, que culminou com a Emenda Constitucional 19/1998, inserindo o referido princípio no texto constitucional, conferindo ao princípio, até, então, implícito nos textos normativos, status constitucional. A partir daí, a eficiência

administrativa torna-se poder/dever do gestor público. Será analisado, também, os aspectos que a doutrina vê e a visão desse trabalho sobre o princípio da eficiência.

O segundo capítulo, com base na nova lei de licitações, Lei 14.133/2021, será feito um estudo sobre o processo licitatório, conceito, princípios, sua finalidade, modalidades, tipos de licitação e as fases do processo.

No terceiro e último capítulo será examinado o critério do menor preço e o princípio da eficiência e as medidas a serem observadas na condução do processo de licitação, antes, durante e após sua conclusão, com a contratação e as medidas administrativas, durante a execução do contrato, que podem desmistificar a atribuição da baixa qualidade de produtos e serviços contratados, ao tipo menor preço, predominante nos processos licitatórios, levando à qualidade nas contratações e satisfação dos administrados, com os produtos e serviços ofertados pela administração pública.

A qualidade e a eficácia precisam andar de mãos dadas com a eficiência que se busca nas contratações para a administração pública. O critério do menor preço precisa deixar de ser visto como fator de comprometimento à eficiência dos serviços públicos e esse trabalho pretende sugerir algumas ações que podem ser tomadas, a fim de evitar contratações comprometedoras da qualidade dos produtos e serviços públicos.

1. A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, EFICÁCIA E ECONOMICIDADE NOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS E A BUSCA PELA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Este capítulo abordará o princípio da eficiência e um breve histórico da reforma administrativa, que culminou com a Emenda Constitucional 19/1998, inserindo o princípio da eficiência no texto constitucional. A partir daí, a eficiência administrativa torna-se poder/dever do gestor público. Será analisado, também, os aspectos que a doutrina vê e a visão desse trabalho sobre o princípio da eficiência.

1.1 A Reforma Administrativa e a Emenda Constitucional 19/1998

Este capítulo busca compreender, a partir da Emenda Constitucional nº 19/1998 e a inserção do princípio da eficiência de forma explícita no texto constitucional, como a legislação pertinente às licitações públicas é aplicada, bem como se o texto legal viabiliza a aquisição da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, em especial, sob a ótica dos princípios da eficiência, eficácia e economicidade.

O Poder Público, a partir da Reforma Administrativa implantada pela Emenda Constitucional nº 19, concedeu uma maior importância à aplicação dos princípios da eficiência e da economicidade na edição de atos produzidos pelo Estado.

O Estado, à época da edição da Emenda Constitucional nº 19/1998, necessitava se apresentar perante a sociedade de forma mais eficiente, em razão do processo de globalização que ora se instalava e, também, em razão de uma crise de credibilidade que se implantou a partir da década de 1980.

Crescia, no seio da sociedade, um sentimento de descrédito no aparelho estatal, o que gerava a necessidade urgente de que o Estado se mostrasse mais eficiente e funcional.

A chamada hipertrofia estatal foi uma das razões para a reforma administrativa no Brasil. José dos Santos Carvalho Filho, a esse respeito, aponta:

Semelhante modelo, no entanto, resultou notoriamente frustrado, conduzindo a Administração Pública a um estado de lamentável

decadência, com efeitos gravosos para toda a sociedade. A crise originou-se de várias políticas inadequadas, como, por exemplo, a política fiscal, a indevida intervenção estatal no setor econômico e a própria deterioração da estrutura administrativa do Estado. (CARVALHO FILHO, 2013, p. 8).

Até o advento da Emenda Constitucional n.19/1998, os Tribunais Superiores já se mostravam preocupados com a eficiência, como um dever do administrador, porém, como um princípio constitucional implícito da Administração Pública. O Superior Tribunal de Justiça já reconhecia o princípio da eficiência, afirmando:

[...] que a Administração Pública é regida por vários princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (CF, art. 37). Outros também se evidenciam na Carta Política. Dentre elas, o princípio da eficiência. A atividade administrativa deve orientar-se para alcançar resultado de interesse público.” (6ª T. - RMS n. 5.590/95-DF - Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJU 10.06.96, p.20.396)

Em consequência da referida modificação legislativa, surgiram os contratos de gestão e a ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira de órgãos e entidades da Administração Pública, o que até aquele momento só se observava em Instituições Privadas.

O que se buscou, também, foi a adoção de um modelo gerencial que focava na desestatização, afastando o Estado de atividades em favor do setor privado, que via-se como melhor preparado para desempenhar certas atividades.

A alteração do regime jurídico dos servidores públicos, passando para estatutários, treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, possibilidade de participação do chamado Terceiro Setor, em atividades, até então, exercidas, apenas, pelo poder público, é muito importante a participação dos usuários na administração direta e indireta.

Também, como consequência da Reforma Administrativa apresentada pela Emenda Constitucional n.19/1998, foram surgindo regras destinadas a regular o comportamento dos agentes públicos, os quais são responsáveis pelas ações concretas cotidianas dos serviços públicos, tendo como consequência a maximização dos resultados obtidos pela Administração Pública.

A partir do referido contexto histórico, houve um período de desestatizações, com o objetivo de se obter maior agilidade e presteza dos serviços públicos, momento em que foram criadas as Agências Reguladoras, com o objetivo de fiscalizar a atuação dos particulares que assumiram a execução de diversos serviços que anteriormente eram prestados pelo Estado. Como se vê, a preocupação foi modificar a atuação do Estado de duas formas: retirar sua atuação onde não fosse essencial, o que se observa quando prioriza a terceirização e as privatizações e, por outro lado, buscando uma atuação mais eficiente do Estado, onde só ele pudesse atuar, com as medidas já elencadas.

1.2 Princípio da Eficiência

A referida Emenda Constitucional trouxe em seu bojo o princípio da eficiência, agora apresentado de forma explícita no texto constitucional, com a força de um dispositivo legal de ordem constitucional. A inclusão da Eficiência, no texto constitucional foi feita através do artigo 37, com a seguinte redação:

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 [...] (BRASIL, 1988).

Para Di Pietro (2010), o princípio constitucional da eficiência é atinente a toda a Administração Pública e possui duas interpretações possíveis: a primeira está ligada à atuação do agente público, enquanto a segunda está ligada à estrutura organizacional da Administração Pública, sempre visando atingir os melhores resultados na gestão pública, de forma que o bem comum seja adequadamente alcançado.

O referido princípio denota o verdadeiro fim da Administração Pública, se apresentado de forma explícita no texto constitucional, além de se mostrar um tema de grande estudo doutrinário e de atuação jurisprudencial recorrente.

A eficiência que se pretende vai além de procedimentos realizados de forma correta. Pressupõe a realização das atribuições com a máxima rapidez e prontidão, tanto qualitativa quanto quantitativa.

O que se pretende com o princípio, aqui abordado, é que a Administração pública sempre busque padrões técnicos avançados, utilizando-se de métodos apropriados, com a finalidade de alcançar os melhores resultados possíveis.

Nesse sentido, o que se espera da Administração Pública é que trabalhe com qualidade, que é o que deve ser considerado quando pensamos em eficiência, pois, a licitação deve, além da economia, celeridade e outras formalidades necessárias, buscar colocar à disposição de seus administrados, produtos, bens e serviços com os últimos avanços tecnológicos, e a satisfação das necessidades da coletividade.

1.3 Princípios da Eficácia, Eficiência e Economicidade

Eficácia é a concretização dos objetivos que se pretende alcançar com uma determinada ação estatal. Nessa análise, os meios e os mecanismos utilizados para o alcance esperado não são levados em conta.

Já na eficiência, conforme já abordado no item anterior, os mecanismos são a maior preocupação para se alcançar o êxito desejado, pois, se procura os meios mais econômicos e viáveis, a fim de se minimizar os custos e maximizar resultados, ou seja, atingir o objetivo com o menor custo e os melhores resultados possíveis.

A eficiência se caracteriza, portanto, como um conceito econômico, que insere no mundo jurídico parâmetros relativos ao aproveitamento de recursos, buscando máximos resultados no cumprimento das finalidades do serviço público, na busca de atender as necessidades dos usuários, da forma menos onerosa, mas com a maior qualidade possível.

No tocante ao princípio da economicidade, previsto no *caput* do artigo 70, da Constituição Federal, este se apresenta como o resultado das atividades que envolvem o comportamento ativo, criativo e desburocratizante do gestor público, além da qualidade dos servidores que executam as referidas ações.

O permanente envolvimento dos atores, na escolha do caminho ideal para a solução do problema apresentado, dentro dos critérios da análise necessária de

custo/benefício nos processos decisórios, redundam, conseqüentemente, na obtenção da economicidade pretendida.

Dessa forma, não basta que a Administração busque, apenas, escolher meios adequados para promover seus fins, pois, uma atuação eficiente é aquela que promove de forma satisfatória seus fins em termos qualitativos e quantitativos.

Ser eficiente é mais do que ser adequado. Às vezes, o meio escolhido, considerado adequado, promove um resultado muito abaixo do esperado, com muitos efeitos negativos ou com poucos resultados práticos, o que fere o dever de eficiência administrativa.

O custo administrativo pode ser analisado de duas maneiras: a) de modo absoluto, em que a opção menos onerosa deve ser adotada, independentemente se outra opção mais onerosa apresenta mais vantagens; b) de modo relativo, que consiste naquela em que a opção menos onerosa deve ser adotada, apenas, se as vantagens proporcionadas por outra opção não superem o benefício financeiro.

Desta forma, o princípio da eficiência deve estar presente em todas as atividades desenvolvidas pela Administração Pública, pois, esse princípio deve nortear o agente público em suas ações.

O agente público, portanto, deve agir com rapidez e precisão, no sentido de produzir resultados que sejam satisfatórios às necessidades da sociedade, afastando a lentidão, o descaso, a negligência e a omissão.

Sendo assim, os serviços públicos não devem mais ser prestados apenas com respeito à legalidade, pois a gestão pública deve estar voltada para o rendimento satisfatório e à eficiência, o que deve ser encarado pelos agentes públicos como um mandamento a ser cumprido.

Portanto, é possível concluir que a Emenda Constitucional n.19/1998 é um marco importante na história da Administração Pública, que passa a se preocupar com a eficiência, a agilidade e a economicidade na prestação de serviços públicos, sempre visando a satisfação dos administrados. Mas, também, é necessário frisar a importância do princípio da economicidade, o qual está descrito no *caput* do artigo 70, da Constituição Federal, que juntamente com o já citado princípio da eficiência, buscam a celeridade, qualidade e menor custo na prestação dos serviços públicos.

Os princípios da economicidade e eficiência obrigam os agentes públicos a ficarem atentos à relação custo/benefício, pois é necessário adquirir bens ou serviços que tenham qualidade, mas pelo menor preço possível.

A busca pelo contrato mais vantajoso para a Administração Pública, que se mostra um dos objetivos traçados pela Lei de Licitações e Contratos, deixa de ser apenas uma preocupação do Estado, passando a envolver, também, os interesses da sociedade.

2. O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A LICITAÇÃO PÚBLICA: CONCEITO, FINALIDADE, PRINCÍPIOS, PROCEDIMENTOS, TIPOS E O CRITÉRIO DO MENOR PREÇO

Neste capítulo será feito um estudo sobre o processo licitatório, conceito, princípios, sua finalidade, modalidades, tipos de licitação e as fases do processo, tendo como base a nova lei de licitações, a Lei 14.133/2021.

2.1. Licitação Pública - Conceito e finalidade

De forma mais ampla possível, a Constituição Federal, em seu art 37, inciso XXI, dispõe, sobre a licitação:

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios da 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. (BRASIL, 1988)

Estão vigentes, neste momento, as leis n. 8.666/1993, a lei do pregão, n. 10.520/2002, a lei n. 12.462/2011 e a nova lei de licitações, n. 14.133/2021.

A Lei n. 14.133/2021 foi publicada em 01/04/2021, vigorando a partir de sua publicação, conforme prescreve o seu artigo 194. Porém, o artigo 193 revoga os artigos 89 a 108, da Lei n. 8.666/1993, na data da publicação da nova lei de licitação, e o restante da Lei n. 8.666/1993, a Lei 10.520/2002, lei do pregão, e a Lei n. 12.462/2011, após 2 (dois) anos da publicação oficial da nova lei de licitações.

Portanto, a Lei n. 14.133/2021 e as demais leis citadas no inciso II, do artigo 193, estarão vigentes até o dia 01/04/2023, convivendo de forma conjunta, por 2 anos.

Neste trabalho, analisaremos o problema proposto sobre a ótica da nova lei de licitações, Lei n.14.133/2021, porém, tendo em vista essa fase de transição, os

entes públicos, em sua grande maioria, principalmente os pequenos municípios, estão conduzindo seus processos licitatórios através da legislação antiga (lei nº 8.666/1993).

Uma das alterações promovidas pela Lei n. 14.133/2021 se refere a adoção da expressão “processo licitatório”, ao invés da expressão anterior de “procedimento licitatório”.

Portanto, o processo licitatório, atualmente regulado pela Lei 14.133/2021, se refere a atos formais em sucessão, para o fiel cumprimento do artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal/1988, por meio de uma das modalidades previstas no artigo 28, da nova lei de licitações, nos quais há a apresentação de propostas, analisadas e classificadas conforme critérios pré-estabelecidos em edital e, ao final, escolhida aquela mais vantajosa para a administração pública.

O procedimento licitatório, na visão de Celso Antônio Bandeira de Melo, objetiva alcançar três propósitos:

proporcionar às entidades governamentais possibilidade de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre ofertantes preordena-se a isto), assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares e concorrer para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. (MELLO, 2013, p.54).

Procedimento diz respeito, portanto, a um conjunto de atos inter-relacionados, em sucessão lógica, buscando produzir uma decisão final. Já, o processo consiste numa relação jurídica entre partes, que busca a solução para uma situação de conflito, observando um procedimento em que a orientação é o contraditório, ampla defesa e imparcialidade decisória, assegurado pelo art. 5º, inciso LV, CF. Portanto, o processo licitatório é um procedimento diferenciado.

Os objetivos desse processo, além da visão de Bandeira de Mello, na forma do artigo 11, da Lei n. 14.133/2021 são: assegurar a contratação mais vantajosa para a administração pública; assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a justa competição, evitar contratações com sobrepreço ou com preços inexequíveis ou superfaturados e incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

A função pública, na visão de Celso Antônio Bandeira de Mello, dentro de um Estado Democrático de Direito, é a atividade exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público, onde o alvo é o interesse coletivo.

Assim, a proposta mais vantajosa é aquela que visa a melhor prestação do serviço público, maior benefício para o administrado, a que melhor atende ao interesse público.

Marçal Justen Filho descreve que “a vantagem buscada pela Administração Pública deriva da conjugação dos aspectos da qualidade e da onerosidade. Significa dizer que a Administração Pública busca a maior qualidade da prestação e o maior benefício”(JUSTEN FILHO,2014, s/p).

Conclui-se, desse raciocínio, que a competição econômica e a isonomia entre os licitantes visa garantir a proposta mais vantajosa.

2.2 Dos Princípios

A Lei 14.133/2021, em seu artigo 5º, elenca os princípios a serem observados no processo licitatório: da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável.

O particular, ao participar de um processo licitatório, deve observar o que foi determinado pela Administração Pública, sempre com fundamento na lei vigente.

Já, o Administrador deve fazer, estritamente, aquilo que a lei determina, em observância ao princípio da legalidade. Esse princípio vincula o administrador às modalidades existentes, vedando a possibilidade de criar algo diferente ou realizar combinações entre elas.

Desta forma, o princípio da legalidade se propõe a limitar o administrador e proteger o administrado.

O princípio da vinculação ao edital também faz parte da legalidade, na medida em que o edital, após ser devidamente divulgado, passa a ser apresentado como a lei da licitação.

O princípio da impessoalidade refere-se ao dever da Administração Pública de não prejudicar ou beneficiar atividades de determinadas pessoas, mantendo sempre o interesse público. As escolhas devem ser pautadas naquelas, explicitamente, previstas no edital.

Os princípios da probidade administrativa e da moralidade determinam que devem predominar a moral, os bons costumes, a observância da boa administração e a honestidade na condução da coisa pública. Essas condutas, também, são exigidas ao particular que participa do processo licitatório, no sentido de coibir conluíus entre ele e o administrador, fraudando a licitação, mesmo que os atos processuais pareçam conforme.

O princípio da igualdade orienta o tratamento aos participantes do processo licitatório, aos quais devem ser oportunizadas as mesmas condições de competição, sem vantagens a qualquer deles, devendo o edital prever, apenas exigências técnicas, em busca da melhor proposta.

O princípio do julgamento objetivo, também, faz parte da legalidade, o que leva o administrador a ter que pautar seu julgamento de acordo com os critérios previstos no edital e evitar critérios subjetivos, pessoais, não esclarecidos.

2.3 Do Processo Licitatório

O processo predominante nas licitações é a concorrência, por ser a modalidade mais completa. Além dela, há, ainda o pregão, o concurso, o leilão e o diálogo competitivo, essa última modalidade inserida pela Lei 14.133/2021.

A concorrência é uma modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, cujo critério de julgamento poderá ser: menor preço, melhor técnica, técnica e preço, maior retorno econômico e maior desconto.

Conforme prescrito pela nova Lei de Licitações, a concorrência e o pregão seguem o rito procedimental comum, adotando-se o pregão sempre que o objeto possuir padrões de desempenho e qualidade que possam ser definidos de forma objetiva pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado.

A modalidade pregão, prevista pela nova lei de licitação em seu artigo 6º, inciso XLI - define o pregão como: a 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.

A modalidade concurso visa escolher trabalho técnico, científico ou artístico, cujo critério de julgamento será o de melhor técnica ou conteúdo artístico.

A modalidade leilão é utilizada para a alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos a quem oferecer o maior lance.

A modalidade diálogo competitivo é utilizada para contratação de obras, serviços e compras, onde a Administração Pública realiza diálogo com os licitantes, previamente selecionados, mediante critérios objetivos, visando obter uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades.

Assim, escolhida a modalidade que melhor se adequa às necessidades do momento, o processo de licitação observará as seguintes fases, sequencialmente, na forma do artigo 17, da Lei 14.133/2021:

- I - preparatória,
- II - de divulgação do edital da licitação
- III - de apresentação de propostas e lances
- IV - de julgamento
- V - de habilitação
- VI - recursal
- VII - de homologação (BRASIL, 2021, s/p).

O processo licitatório inicia-se pelo que chamamos de fase interna e preparatória, a qual envolve: constatação da necessidade, abertura de processo administrativo, autuação, protocolo e numeração, autorização, indicação do objeto, recurso financeiro para a despesa.

Nessa fase interna é que se deve definir o objeto para o atendimento da necessidade, por meio de termo de referência, definição das condições de execução, pagamento, garantias exigidas, condições de recebimento, elaboração

do edital da licitação, elaboração da minuta de contrato, escolha da modalidade da licitação, critério de julgamento, estimativa do valor da contratação e os preços unitários referenciais, dentre outros.

Após essa fase, dá-se a fase externa, que envolve a publicação do edital, instrumento de natureza de divulgação do certame, que é quando a licitação se torna de conhecimento público, contendo as regras e as exigências adotadas. Nessa fase o ente público começa a aceitar inscrições dos interessados em fornecer para o poder público.

O edital publicado não poderá ser descumprido, nem mesmo pelo ente público, em obediência ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

A fase de apresentação de propostas e lances é quando os interessados se inscrevem no certame e apresentam suas propostas. Há modalidade de licitação onde os licitantes passam primeiro por uma habilitação, antes de enviar suas propostas, a exemplo da modalidade diálogo competitivo.

No caso dos pregões eletrônicos, os interessados primeiro enviam as propostas, acontece o julgamento, a divulgação dos vencedores e, daí então, vem a habilitação. O julgamento das propostas vai depender do tipo de licitação realizado.

No caso dos pregões eletrônicos, o fator decisivo é o menor preço ou maior desconto, lembrando que os critérios de classificação são norteados pelos princípios elencados no artigo 5º da Lei 14.133/2021, já aqui abordados.

A fase recursal é o momento onde aqueles que não ganharam a licitação podem contestar a decisão, caso não concordem com ela. O recurso é julgado e, em caso de procedência, o vencedor da licitação poderá ser substituído. Se o recurso for julgado improcedente o resultado será mantido.

Homologação e adjudicação é quando há a remessa do processo à autoridade competente, que atesta a legalidade do processo licitatório, atribuindo vencedor ao certame e o objeto da licitação, na etapa de adjudicação, ato final do processo.

2.4 Das modalidades de licitação

São modalidades de licitação, conforme o artigo 28, da Lei 14.133/2021:

- I - pregão
- II - concorrência
- III - concurso
- IV - leilão
- V - diálogo competitivo (BRASIL, 2021, s/p)

Os critérios a serem observados no julgamento das propostas, conforme o artigo 33, da Lei 14.133/2021, serão os seguintes:

- I - menor preço
- II - maior desconto
- III - melhor técnica ou conteúdo artístico
- IV - técnica e preço
- V - maior lance, no caso de leilões
- VI - maior retorno econômico. (BRASIL, 2021 s/p)

Quando o gestor público elabora o edital, ele não tem o poder de escolha da modalidade de licitação, sendo a lei quem especifica a modalidade adequada ao caso concreto. Porém, na maioria dos processos licitatórios predomina o critério do menor preço ou maior desconto, considerado critério padrão, abordado no próximo item, de forma mais detalhada.

2.5 O critério menor preço

O critério obrigatório do menor preço ou maior desconto se justifica pelo fato da modalidade promover maior concorrência e, em consequência, teria a capacidade de garantir a maior economia possível aos cofres públicos, propiciando a aquisição e contratação de produtos e serviços pelo menor custo possível no mercado.

Neste trabalho, optamos por enfatizar a modalidade Pregão, por ser a mais adotada pela Administração Pública, principalmente pelos pequenos municípios, que geralmente realizam procedimentos licitatórios de pequena monta, predominando o critério do menor preço como fator decisivo à definição dos ganhadores dos certames.

A modalidade de licitação de pregão surgiu em 1997, criada pela Lei n. 9.472/1997, que em seu artigo 54 instituiu a referida modalidade de licitação para as agências reguladoras.

Em maio de 2000, por meio da Medida Provisória n. 2.026, foi instituída a modalidade de licitação pregão para todos os órgãos da Administração Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A referida Medida Provisória foi, posteriormente, convertida na Lei n. 10.520/2002, sendo por fim prevista na nova Lei de Licitações e Contratos (Lei n.14.133/2021).

Conforme prescreve a professora Marinela (2010):

A nova modalidade foi instituída com o escopo de aperfeiçoar o regime de licitações, permitindo o incremento da competitividade e a ampliação das oportunidades de participação nas licitações, além de desburocratizar os procedimentos para a habilitação e o cumprimento da sequência de etapas do procedimento, contribuindo para a redução de despesas e concedendo uma maior agilidade nas aquisições. (MARINELA, 2010, p.195).

A lei prevê duas formas de pregão, a saber: presencial e eletrônico. O pregão presencial, também conhecido como pregão comum, se dá na forma tradicional, onde há a presença dos interessados, junto ao órgão licitador, em dia, horário e local previamente definidos, momento em que as propostas são apresentadas, em papel, para posterior disputa em lances verbais.

O avanço tecnológico possibilitou o surgimento do pregão eletrônico, modalidade que dispensa a presença física dos participantes das empresas interessadas na disputa, pois, o referido procedimento é realizado à distância, por meio de sistema com comunicação via internet.

Há semelhanças entre as modalidades, porém, há singularidades. Na espécie presencial podem participar quaisquer pessoas, mediante credenciamento no início do certame. Já, na espécie eletrônico os interessados devem se cadastrar previamente, perante um sistema de controle e obtenção de senha para acesso e participação.

Ambas as formas de pregão trazem em seu bojo vantagens ao fim proposto pela licitação, dentre elas se destacam a redução de despesas, a celeridade e a eficiência do procedimento.

Também, são aplicáveis ao pregão os princípios previstos no artigo 5º da Lei 14.133/2021. Esses princípios acompanham, não só a modalidade pregão, mas, todas as outras modalidades de licitação, visando garantir ao ente estatal a proposta mais vantajosa e em condições de igualdade de competição.

Neste capítulo, buscaremos analisar o princípio da celeridade, atrelado à modalidade pregão, em suas vantagens e possíveis desvantagens.

O princípio da celeridade objetiva simplificar procedimentos de rigor excessivo e formalidades desnecessárias. Essa celeridade é melhor detectada na realização do pregão eletrônico, tendo em vista que permite a realização das fases do procedimento por meio eletrônico, sem a presença física dos licitantes, evitando deslocamentos e os custos relativos a ele.

Portanto, a consagração do princípio da celeridade está atrelada à modalidade pregão, com a simplificação de procedimentos rigorosos, eliminação de formalidades desnecessárias e, também, por possibilitar que decisões sejam tomadas no ato do certame.

O pregão eletrônico traz consigo os benefícios da tecnologia da informação: menor custo do procedimento licitatório, maior agilidade, desburocratização, melhor gerenciamento das despesas públicas, publicidade e transparência do procedimento, ampliação da disputa entre fornecedores e prestadores de serviços, maiores vantagens econômicas.

A maior economia da modalidade pregão diz respeito à possibilidade de se alcançar sensíveis reduções de preços, pois, após as propostas escritas, os licitantes que atenderem aos requisitos estipulados na lei, podem cobrir o preço mais baixo oferecido, até se chegar ao menor preço possível.

Assim, a alegada celeridade conduz à economia processual, pois, ao invés dos 45 dias das outras modalidades, o pregão é reduzido para em torno de 8 dias.

Outro fator importante diz respeito às fases de habilitação e classificação dos licitantes. Diferente do que acontece nas outras modalidades de licitação, no pregão o preço é o primeiro requisito a ser verificado, para, só depois se verificar a habilitação.

Essa inversão das fases do certame garante maior celeridade ao processo licitatório, pois, só haverá análise de documentação do licitante caso haja a oferta de menor preço.

Posteriormente, procede-se, então, aos lances verbais e sucessivos daqueles que apresentaram o menor preço e daqueles cujos preços ficaram até 10% (dez por cento) acima, até se chegar à proposta mais vantajosa para o ente público.

Segundo o doutrinador Justen Filho (2014, p. 20):

O pregão apresenta três vantagens marcantes em relação às modalidades tradicionais de licitação, previstas na lei. Em termos essenciais, as vantagens são (a) o potencial incremento das vantagens econômicas em favor da Administração, (b) a ampliação do universo de licitantes e (c) a simplificação do procedimento licitatório. Outras vantagens poderiam ser apontadas, tal como a redução de custos do pregão eletrônico (que dispensa a presença física e outras despesas) e a maior rapidez na conclusão do certame.(JUSTEN FILHO, 2014, p. 20)

A contratação de bens e serviços comuns é a destinação do pregão, que se consubstancia na conjugação de análise de propostas iniciais e lances sucessivos para se chegar à contratação mais vantajosa para a administração pública.

Apesar do dispositivo legal definir a modalidade pregão para contratação de bens e serviços comuns, considera-se problemática essa determinação, em razão da definição legal a respeito do objeto comum ser insuficiente.

A Lei n.14.133/2021 determinou a utilização do pregão apenas para "objetos comuns", vedando a modalidade para aquelas hipóteses em que o objeto não seja classificado como comum.

O objeto comum é aquele disponível no mercado, sem grandes variações de qualidade e destina-se a atender necessidades comuns da Administração Pública.

Assim, o pregão é um procedimento adequado e vantajoso quando os produtos que se pretende não sofrem variações de qualidade pela atuação do fornecedor. Nesse caso, há uma padronização das características e qualidades do objeto no mercado.

Existindo essa padronização das características e qualidades do objeto pretendido, haverá o mercado competitivo, cenário adequado para a aplicação da modalidade pregão, para suprir a necessidade do ente público licitante.

A orientação do legislador é a de que se busque evitar que o processo licitatório se oriente, apenas, pela escolha da proposta de menor preço, pois é necessário se buscar o resultado mais vantajoso, que nem sempre se limita ao preço, mas, também, passa pela qualidade do produto.

Deve-se tratar com rigor a caracterização do objeto comum quando da confecção do edital, a fim de evitar a participação do fornecedor impondo variações qualitativas no produto.

O edital deverá conter as especificações técnicas e os parâmetros mínimos de desempenho e qualidade que o objeto deverá atender, garantindo, com isso, a eficiência na contratação.

Crítérios a serem exigidos do fornecedor envolvem justificativa de exequibilidade da proposta, principalmente, naqueles lances considerados irrisórios; exigência de comprovação de experiência anterior; avaliação da performance do sujeito em certames anteriores e a prestação de garantia diferenciada.

Outro critério a ser observado é o chamado “ciclo de vida do objeto”, o que está inserido dentro da vantajosidade. Isso leva a Administração Pública a avaliar as dimensões econômicas conjugadas com o período de tempo que a contratação se presta a atender às necessidades do ente público.

Conclui-se que a vantagem se sobrepõe ao menor preço, pois um produto ou serviço aparentemente de custo mais elevado, pode apresentar um ciclo de vida mais longo e que redundará em custo mais reduzido.

Carvalho Filho (2013, p. 435) afirma, nesse sentido:

A Administração é orientada a selecionar a proposta de melhor preço que não pode ser confundida com o menor valor monetário, pois existem hipóteses em que pagar o valor mais elevado propiciará à Administração Pública vantagens maiores. (CARVALHO FILHO, 2013, p. 435).

Esses critérios, conforme estão inseridos na lei, deverão levar à análise e escolha da proposta mais vantajosa para o ente público, pois, o objetivo da modalidade não é outro senão obter a maior economia possível com a aquisição ou contratação objeto do edital, à luz do princípio da indisponibilidade do interesse público e, também, da economicidade.

Numa análise observacional dos produtos adquiridos pela Administração Pública, é possível verificar uma discrepância muito grande em contratações que envolvam objetos ou serviços cuja configuração seja variável em vista da vontade do fornecedor.

Quando o adquirente não tem conhecimento ou controle sobre a qualidade dos produtos que se pretende adquirir, a adoção do critério do menor preço pode levar a aquisição de produtos e serviços desastrosos, destituídos da qualidade desejada.

A Administração Pública desembolsa valores menores, mas, tem adquirido produtos desprovidos da mínima qualidade, sem durabilidade e outros atributos indispensáveis.

O processo e o procedimento dependem de critérios rígidos e claros que assegurem a qualidade mínima necessária à contratação, em razão, principalmente, dos lances decrescentes, próprios da modalidade pregão.

Observa-se o emprego generalizado da modalidade pregão, buscando o menor desembolso financeiro possível, o que leva a Administração Pública a adotar um sistema orientado por critérios defeituosos, que levam a contratações insatisfatórias.

Assim, a maior vantagem nem sempre corresponde ao menor preço, pois, apenas, a longo prazo é que será possível verificar se as contratações redundaram em economia e atendimento às reais necessidades do Ente Público.

Justen Filho (2014, p. 497) expressa a ideia que “a maior vantagem se apresenta quando a Administração Pública assume o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular a realizar a melhor e mais completa prestação.”

É preciso que as contratações sejam analisadas sob os aspectos das despesas de manutenção, treinamento, se o objeto possui ou não os requisitos mínimos de exequibilidade e qualidade, além dos demais critérios definidos no edital, de forma a avaliar o custo benefício da contratação.

Portanto, conclui-se que é importante chegar àquela proposta que assegure o aproveitamento racional e satisfatório dos bens econômicos do Estado.

Quanto às desvantagens do Pregão, não há muitos apontamentos.

Alguns são citados, mas, apenas na modalidade de pregão eletrônico: a) falha na conectividade, por se tratar recursos tecnológicos; b) problemas de logística, com atraso nas entregas de produtos ou serviços, em razão de envolver empresas em todo o território nacional; c) a comunicação impessoal, apenas, por meio eletrônico leva alguns fornecedores ou prestadores de serviço a não manter a qualidade dos bens e serviços.

Há autores que contestam os alegados benefícios da inversão de fases de habilitação e classificação dos licitantes, argumentando que seria uma forma de burlar e direcionar o processo licitatório e uma possibilidade de beneficiar empresas a critério do ente público licitador,

Para Scarpinella (2002, p.121) a inversão de fases é (...)

A perda na transparência do procedimento, uma vez que o condutor da licitação tenderia a ser mais flexível na análise dos documentos habilitatórios do proponente que sabidamente apresenta oferta favorável à Administração Pública. Ou, de outra parte, mais rígido no caso de a proposta classificada em primeiro lugar consignar preço consideravelmente reduzido, tornando a proposta inexecutável. (SCARPINELLA, 2002, p.121)

Outro questionamento nas características do pregão é em relação à questão da economia.

Para Santana (2008, p. 35), a economicidade do procedimento licitatório na modalidade pregão é questionável, pois “propaga-se inadvertidamente que a maior vantagem do pregão, seja ele presencial ou eletrônico, é de cunho econômico. Não é bem assim.”

Para justificar sua opinião, o autor alega que se o valor orçado pela Administração Pública for irreal, a redução obtida não refletirá a economia anunciada, pois, os valores iniciais estarão acima dos preços praticados pelo mercado.

Quando da pesquisa de preços que irão subsidiar a realização da estimativa, normalmente as empresas consultadas inflacionam os preços dos produtos que serão objeto de futura contratação. É preciso muita cautela na formação da estimativa de preço que irá para o certame.

Desta forma, é possível perceber que as desvantagens levantadas não são expressivas, de forma que os ganhos proporcionados pela Modalidade de Licitação

Pregão superam em muito as desvantagens apontadas. Em nosso país, ainda, há um longo caminho a ser percorrido, cumprindo aos nossos governantes, em todas as esferas, como também a todos os servidores públicos envolvidos nos processos licitatórios, servir e atender ao interesse público.

3. O MENOR PREÇO COMO CRITÉRIO PARA ESCOLHA DO VENCEDOR DO CERTAME CONFORME O ORDENAMENTO JURÍDICO E A SUA INFLUÊNCIA QUANTO AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Neste capítulo serão examinados o critério do menor preço e o princípio da eficiência e as medidas que podem e devem ser observadas na condução do processo de licitação, antes, durante e após sua conclusão, com a contratação, levando à qualidade nas contratações e satisfação dos administrados com os produtos e serviços ofertados pela administração pública.

3.1 Critério do menor preço é ineficiente?

No primeiro capítulo deste trabalho, abordou-se o princípio da eficiência, que é a busca pela qualidade nos serviços ofertados pelo poder público, aos administrados e a necessidade de um olhar que não priorize, apenas o viés econômico do princípio.

No segundo capítulo, ao analisarmos as diversas modalidades de licitação, foi possível observar que o critério mais utilizado nos julgamentos das propostas, pelo gestor, quando da escolha dos vencedores dos certames, é o critério do menor preço.

Portanto, é importante analisar os dois temas abordados.

É necessário questionar se o critério do menor preço contribui para a aquisição/contratação de produtos, serviços e obras eficientes e de qualidade.

Segundo o presidente da Associação Brasileira de Municípios, Ary José Vanazzi, Prefeito de São Leopoldo-RS, obras deixam de ser feitas, pois, o critério atrai empresas não muito comprometidas e não experientes e, devido sua falta de planejamento e organização, podem comprometer a Administração Pública, com atrasos, má execução e, até, a não execução da obra.

Jorge Hage, quando ministro-chefe da Controladoria-Geral da União (CGU), afirmou que problemas de má elaboração dos Projetos é que levam a má qualidade nas obras.

Aí está o embrião dos futuros problemas de sobrepreço, de jogo de planilha, de a empresa pleitear aditivos além. Não tem bons projetos porque muitos órgãos públicos estão desemparelhados de engenheiros capacitados para

fazer projetos ou mesmo para elaborar um bom edital para contratar projeto com uma empresa (...) Existe uma tendência natural do responsável pelo setor público em contratar pelo preço mais baixo, numa atitude de auto proteção, para evitar acusações de favorecimento, não se importando com as consequências no futuro, quando e se a obra não for completada, ou quando o contratante for obrigado a fazer concessões, para não levar a empresa à insolvência ou paralisar a obra. (Jorge Hage, 2011),

Três motivos levam a administração pública ao equívoco de achar que é obrigada a comprar produtos e serviços de baixa qualidade, pelo critério do menor preço, nos processos licitatórios, segundo Jorge Ulysses Jacoby Fernandes: a errada compreensão de decisões dos órgãos de controle; ausência de treinamento dos servidores responsáveis pelos processos licitatórios e o equívoco de que se deve aceitar qualquer produto em razão de estar comprando pelo menor preço, pois há inúmeros meios de se garantir um mínimo de qualidade ao objeto licitado.

Assim, o critério do menor preço não pode ser visto de forma isolada. Vimos que a licitação é composta de uma série de atos ordenados, no sentido de se chegar ao melhor resultado possível para a gestão pública.

Portanto, o processo de licitação deve ser executado de forma correta e coordenada, uma vez que não é possível que apenas o critério do menor preço prevaleça e venha garantir a melhor proposta, sob pena de haver danos ao poder público que, optando pela proposta menos onerosa, poderá receber produtos e serviços de qualidade inferior ou, até, de péssima qualidade, se tornando inservíveis, em curto espaço de tempo, elevando a onerosidade, pois, deverão ser substituídos ou refeitos quase que de imediato.

3.2 Conduas inibidoras de baixa qualidade de produtos e serviços nos processos licitatórios onde predomine o critério menor preço

A má utilização do processo licitatório, desde o início, sem o planejamento e atenção necessária é que compromete o resultado final, com a alegada má qualidade.

Não é o critério do menor preço, por si só, que leva à satisfação ou insatisfação com o resultado, mas, a forma com que foi conduzido todo o processo.

Parece prevalecer a “cultura política” por parte dos gestores públicos que, por desconhecimento (sim, a baixa escolaridade ainda prevalece em nossos gestores, principalmente, nos pequenos municípios), negligência, omissão, para evitar verem seus nomes atrelados a favorecimentos, por conta de determinações dos Tribunais de Contas, que priorizam a “ampla competitividade”, às vezes comprometedoras do controle de qualidade, em detrimento de padrões mínimos de qualidade exigíveis.

3.2.1 Da capacidade técnica do corpo de servidores envolvidos com o processo licitatório

O agente público precisa ter conhecimento da correta aplicação da lei de licitações, conhecendo todas as suas possibilidades, limitações e vedações. É comum o poder público alegar ineficiência da legislação, para casos de aquisição de produtos e serviços de qualidade duvidosa.

Nesses casos, fica evidente o despreparo e desconhecimento do alcance da legislação, mostrando que os que conduzem o processo não estão aptos ao exercício da função atribuída.

A lei possui diversos mecanismos que podem garantir à gestão pública contratar proposta justa, com baixo custo e de qualidade.

Treinamento de pessoal é uma delas, pois, não se pode conceber que uma legislação complexa seja conduzida por servidores despreparados. A Administração Pública deve priorizar treinamento para os servidores envolvidos na licitação, setor de compras e, também, priorizar na função aqueles que já tenham alguma experiência anterior.

Outra ação que pode ajudar seria a elaboração de uma cartilha prática e didática, de orientação, para todas as pessoas envolvidas em alguma etapa dos processos licitatórios.

Além daqueles diretamente envolvidos, há outros profissionais que, também, necessitam ter o mínimo conhecimento da lei, a exemplo de arquitetos, engenheiros, responsáveis pela elaboração de projetos e estudos técnicos para elaboração de certames licitatórios.

3.2.2 Individualização do objeto de forma correta

Marçal Justen Filho, abordando esse passo do edital, discorre:

A maioria dos problemas práticos ocorridos em licitações deriva da equivocada elaboração do ato convocatório. Não seria exagero afirmar que os erros na elaboração dos editais constituem-se em fatores muito mais prejudiciais do que as complexidades ou defeitos da lei de licitações. Se esse diploma possui defeitos, eles são potencializados em virtude de editais mal redigidos. (BRASIL, 2021,p.706).

Talvez, esse seja o ponto mais importante, quando se fala em garantir qualidade ao objeto da licitação. A falta de especificação, individualização, indicação de qualidade mínima, da margem a que apareçam propostas das mais variadas qualidades.

Necessária prudência na individualização do objeto e na elaboração do edital, aí está o ponto central do problema.

Essa individualização não está inserida na discricionariedade do administrador público, pois, o artigo 6º, inciso XXIII, da Lei 14.133/2021, é claro ao dispor sobre a caracterização, através de termo de referência, dos produtos e serviços objeto da licitação.

Sobre o critério do menor preço e a qualidade mínima, o Tribunal de Contas da União decidiu que é possível exigir padrão mínimo de qualidade:

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

Importante que haja uma boa comunicação interna, onde o solicitante da contratação explicita de forma clara o objeto de sua necessidade, para que a equipe da licitação, possa elaborar o edital com as especificações completas e não parem dúvidas sobre o que se pretende, evitando que, após a entrega do material não haja reclamações de que não foi bem aquilo que se pretendia.

Quanto à qualidade, não basta determinar que o objeto deve ser “de boa qualidade” As especificações devem ser curtas, objetivas e, se necessário, ou trazer vantagens para a Administração, o agente público poderá indicar ou eleger uma marca a ser contratada, para fins de padronização, sem predileções ou aversões pessoais e devidamente justificada.

3.2.3 Exigência de amostras estipuladas em edital

A exigência de amostras é muito útil, especialmente na modalidade pregão, onde se adquire bens e serviços, muito embora possa ser exigida em praticamente todas as outras modalidades.

Inicialmente, serve para confrontar com as especificações contidas no edital, pois facilita o trabalho da comissão de licitação, o que é diferente de uma descrição escrita, apenas.

Marçal Justen Filho, sobre a necessidade de amostras, descreve um exemplo da merenda escolar:

A aceitabilidade dos alimentos não pode fazer-se apenas em vista de padrões nutricionais e bioquímicos. De nada servirá a Administração Pública receber um produto dotado de elevados índices de proteínas, se for rejeitado pelo paladar dos alunos. A satisfatoriedade do produto dependerá da conjugação de virtudes nutricionais e bioquímicas. O sabor do produto não pode ser avaliado por meio de sua descrição teórica. É indispensável provar uma sopa para verificar sua aceitabilidade. (JUSTEN FILHO, 2021 p.718).

Essa exigência de amostras só pode se dar com relação ao licitante classificado em primeiro lugar, sendo que fica vedada a exigência de amostras dos outros licitantes, pois, é em virtude da conformidade com o edital que se exige a amostra e a possibilidade de eliminação caso não esteja adequada às especificações exigidas.

Há polêmica sobre a exigência de amostras, porém, se tomados alguns cuidados, não haverá maiores problemas: a) descrição do produtos e critérios de avaliação objetivos; b) amostra não é condição de habilitação; c) fase de julgamento é o momento de análise da amostra; d) apreciação da amostra deve ser feita em sessão pública.

3.2.4 Desclassificação de licitantes por falta de qualificação técnica

O artigo 62, da Lei 14.133/2021, trata sobre a habilitação dos licitantes:

Art. 62. A habilitação é a fase da licitação em que se verifica o conjunto de informações e documentos necessários e suficientes para demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação, dividindo-se em:

- I - jurídica;
- II - técnica;
- III - fiscal, social e trabalhista;
- IV - econômico-financeira (BRASIL, 2021, s/p).

A observância desses dispositivos evita que empresas sem condições de cumprir o contrato, nas condições do edital, venham ser vencedoras do certame. É preciso mais do que apresentar proposta, sendo necessário observar se o licitante tem meios de cumprir com o contrato, pelo menos nos padrões mínimos de aceitabilidade e, também, de não prejudicar a competição.

A Administração Pública tem o dever de recusar e afastar licitantes sem condições técnicas, com condições técnicas duvidosas e, também, de declarar sua inidoneidade para contratar com o poder público, sob pena de comprometimento do princípio da isonomia.

Quanto maior for a complexidade da contratação, maiores deverão ser as exigências do edital, que deverão ser motivadas e, dentro do necessário, para a correta execução do contrato, conforme dispõe o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, sob pena de limitação da competitividade no processo e comprometimento do princípio da isonomia.

3.2.5 Conformidade das propostas com o edital

A correta elaboração do edital e a descrição minuciosa do objeto se complementam com a verificação se a proposta apresentada atende aos requisitos mínimos nele elencados.

A análise deve ser objetiva e rigorosa, pois, se houver a necessidade de desclassificação do licitante, ela deverá ser motivada e os aspectos discrepantes da proposta deverão ser bem explicitados.

O mestre Hely Lopes Meirelles (1989) explica que, “ para se evitar desclassificações por erros insignificantes quanto ao vulto da proposta, podem os editais admitir uma faixa de admissibilidade de erro de cálculo, dentro da qual não se desclassifica a proposta, verificando-se apenas as incorreções, para julgamento pelo seu exato valor”.

3.2.6 Da desclassificação das propostas inexequíveis

Com o intuito de gerar economia de custos, por vezes o Gestor Público faz a opção por proposta de menor custo, sem avaliar sua exequibilidade, o que pode levar a inadimplemento contratual por falta de condições de execução, por parte do licitante, por não ser capaz de entregar o objeto nas condições e prazo pactuados. Preços muito baixos, que não condizem com os preços de mercado, são um sinal claro de propostas inexequíveis.

Carlos Pinto Coelho Motta, ensina:

A proposta inexequível constitui-se, como se diz, em uma armadilha para a Administração: o licitante vence o certame; fracassa na execução do objeto; e não raro intenta, junto ao órgão contratante, reivindicações de revisão de preços, baseadas nos mais engenhosos motivos. Eis a razão de todos os cuidados leis na delimitação da proposta inexequível. (MOTA, 2008, p.515)

Portanto, deve o Administrador avaliar se é possível a execução do objeto pelos valores propostos pelo licitante, sem focar, apenas, no menor preço ofertado. Deve ficar demonstrada a mínima possibilidade de execução.

3.2.7 Da classificação das propostas

Verificada a conformidade da proposta com o edital, deve ser realizado o julgamento e a classificação delas, de acordo com o que o edital exige, a exemplo do critério do menor preço, o qual é o desenvolvido no presente trabalho

O administrador, nesse caso, deve levar em conta todo o desembolso do ente público para aquela aquisição, não apenas o preço nominal.

Marçal Justen Filho, assim explica:

Menor preço não envolve apenas uma consideração a valores absolutos. O melhor preço configura-se em função da avaliação dos valores globais que a Administração desembolsará para fruição do objeto licitado. Não há defeito em examinar questões técnicas para definir o melhor preço. Assim, o exame do rendimento e a apuração das qualidades propostas, enquanto meio de definir o melhor preço, não desnaturam a licitação. Trata-se de apurar o menor preço real, aquele que acarretará o menor desembolso (custo) para a Administração. Esses problemas poderão surgir, com maior intensidade, em virtude da redação defeituosa do ato convocatório. A Administração deve acautelarse para evitar formulações inadequadas acerca da forma de apurar o melhor preço. Muitas vezes a redação é imprecisa. Em outros casos, o problema é mais sério porque a própria descrição do objeto é que induz ao problema: são formuladas propostas cujo preço é muito mais vantajoso para a Administração, ainda que o preço não seja aritmeticamente o menor. Em tais casos, a Administração nada poderá fazer, a não ser revogar licitação. Não se admite contratação de proposta que não é a mais vantajosa, ainda quando a situação for produzida por redação imprecisa do ato convocatório. (JUSTEN FILHO, 2021, p.825).

Importante que o critério de classificação permaneça o previsto, menor preço, mas, a forma de aferição é que muda e deverá estar descrita no edital, não apenas, em função do valor nominal, mas, do custo/benefício. Os licitantes devem estar cientes de que não basta ofertar o menor preço, mas o melhor custo/benefício.

3.2.8 Correta execução e fiscalização do contrato

O contrato firmado entre o ente público e o licitante vencedor sai da esfera da licitação e passa a ser um contrato administrativo. Assim, após a conclusão do processo licitatório, com assinatura do contrato, a responsabilidade pela condução e fiscalização passa para a esfera administrativa.

A Lei 14133/2021 não detalha de forma pormenorizada as atribuições do gestor ou fiscal do contrato. O art 117, caput, da lei, estabelece que a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um ou mais fiscais de contrato. O artigo 8º, parágrafo 3º destaca que regulamento próprio deverá estabelecer as regras pertinentes à atuação dos fiscais e gestores de contratos.

Portanto, a lei deixou a cargo de regulamento definir a atuação e atribuições desses agentes, a fim de se respeitar a estrutura administrativa de cada órgão ou entidade, bem como a complexidade da contratação.

A Lei 14.133/2021 apenas estabelece a designação de representante da Administração para acompanhar a execução, permitindo, também, a designação de mais de um fiscal, não discorrendo de forma detalhada sobre as espécies de fiscal.

A designação precisa ser formal, por meio de portaria ou documento equivalente.

A falta de designação não afasta a responsabilidade, caso o agente tenha desempenhado a função, conforme julgado do TCU.

Nesse sentido, o Informativo de Licitações e Contratos 381/2019, Acórdão 12489/2019-TCU-Segunda Câmara, Tomada de Contas Especial, Relator Ministro Aroldo Cedraz, Enunciado: A ausência de designação formal não obsta a responsabilização do agente que tenha praticado atos concernentes à função de fiscal do contrato, como o atesto de notas fiscais.

Gestor de contrato, diante da omissão da Lei 14.133/2021, a título de parâmetro, podemos nos valer do artigo 40, inciso I, da Instrução Normativa 05/2017, do antigo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão:

“I - Gestão da Execução do Contrato é a coordenação das atividades relacionadas à fiscalização técnica, administrativa, setorial e pelo público usuário, bem como dos atos preparatórios à instrução processual e ao encaminhamento da documentação pertinente ao setor de contratos para formalização dos procedimentos quanto aos aspectos que envolvam a prorrogação, alteração, reequilíbrio, pagamento, eventual aplicação de sanções, extinção dos contratos, dentre outros.” (BRASIL, 2017).

Assim, o fiscal técnico é responsável pela execução do objeto, enquanto o gestor é responsável pelo processo, como um todo.

3.2.9. Inexecução do contrato e aplicação de sanções administrativas

O artigo 155, caput, da Lei 14.133/2021 dispõe que “o licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas infrações que der

causa.” Também o artigo 15, da citada lei, elenca as sanções a que estão sujeitos os licitantes em caso de inexecução do contrato:

- I - Advertência;
- II - multa;
- III - impedimento de licitar e contratar;
- IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar. (BRASIL, 2021 s/p).

Na aplicação das sanções serão considerados: “I - a natureza e a gravidade da infração cometida; II - as peculiaridades do caso concreto;”. (BRASIL, 2021, s/p).

O artigo 37, da Constituição Federal, ao elencar em seu rol o princípio da eficiência administrativa, não o recomenda, impõe. Ao exigir eficiência na gestão pública, o legislador buscou garantir comportamentos do administrador que não visem, apenas, a legalidade do processo licitatório, mas, também, a eficiência administrativa. Eficiência, conforme circunstâncias agravantes ou atenuantes: os danos que dela provierem para a Administração Pública e a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle.

Se aplicados de forma correta, esses dispositivos inibem licitantes de participarem do processo quando estão cientes da impossibilidade de executar o objeto, garantindo sua participação apenas quando vir que tem condições de cumprir sua proposta.

A lei não aponta o cabimento de cada sanção, ficando a critério da Administração a avaliação da conduta e a sanção adequada ao caso concreto. Apenas inexecução parcial ou total são passíveis de sanção.

A lei é clara que, também deve ser respeitado o direito, quanto ao contraditório e à ampla defesa, através do processo administrativo para, daí então, ser avaliada a necessidade da aplicação da sanção. Isso garante a isonomia do processo e evita que se afastem licitantes inidôneos, devido à gravidade da sanção.

CONCLUSÃO

O princípio da eficiência, abordado no primeiro capítulo, vai além da economia imediata e da restrição a gastos adicionais, mas, ao atendimento do interesse público, com elevação do padrão de qualidade nas contratações efetuadas pelo ente público, por meio dos processos licitatórios.

Ao se observar as modalidades de licitação, os tipos e suas fases, percebe-se que em muitas delas, o critério padrão predominante é o do menor preço e que esse critério poderá, sim, levar a aquisição de produtos e serviços de qualidade baixa e, às vezes, até inservível. Na prática, são inúmeros os casos de produtos e serviços sofríveis recebidos pela administração pública, com a desculpa da contratação pelo menor preço.

Assim, deve o administrador primar por contratar aquilo que satisfaça os requisitos mínimos, necessários ao atendimento da necessidade pública, com qualidade e satisfação, observando os cuidados elencados nos itens 3.2.1 ao 3.2.9, quais sejam: capacitação dos servidores responsáveis pela execução do processo licitatório, garantido que o processo esteja sendo conduzido por pessoas capazes e que dominem o assunto; correta descrição/individualização dos produtos e serviços, com a qualidade mínima exigida; exigir apresentação de amostras do licitante vencedor do certame e suas conformidades com a descrição do edital; desclassificação dos licitantes sem a qualificação técnica necessária à execução do objeto do contrato, evitando a contratação apenas pelo baixo custo e que empresas sem a qualificação técnica necessária sejam contratadas e deixem de executar o contrato; verificação da conformidade das propostas com o edital, isso, também, afasta empresas aventureiras, levando o administrador a desclassificar propostas inexequíveis; observar o custo benefício quando da classificação das propostas e finalmente ser rigoroso na fiscalização na execução do contrato e aplicar as sanções administrativas previstas e cabíveis em caso de descumprimento parcial ou total do contrato.

Concluindo, é necessário dar mais atenção ao processo licitatório e a sua correta condução, para que não se aponte a lei e o critério do menor preço como

únicos responsáveis pelas contratações insatisfatórias pela gestão pública. O gestor deverá ser diligente durante toda a execução do contrato, acompanhando de perto e exigindo sempre que a proposta adjudicada seja, fielmente cumprida, exercendo a fiscalização e aplicando as sanções porventura necessárias, em caso de descumprimento.

Agindo dentro desses padrões mínimos de cuidados, eventualmente, poderá ocorrer, em princípio, contratações um pouco mais onerosas, porém, isso redundará em economia a longo prazo, pois, o administrador deixará de repetir processos licitatórios após contratações insatisfatórias, pois estará contratando produtos e serviços de melhor qualidade e conseqüentemente maior satisfação do interesse público.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Caio Augusto dos Santos. **O Princípio da Eficiência e o critério do menor preço na Licitação Pública**. 2014. Monografia para graduação em Direito, UFSC, CCJ, DD.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Malheiros, 30ª edição, 2013,
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BRASIL. STJ 6ª T-RMS nº 5.590/95-DF-Rel Min. Luiz Vicente Cernicchiano. Diário da Justiça, Seção I, 10 jun.1996, p. 20.395).
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.
_____. **Lei 8.666, de 21 de junho de 1993**. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, DOU 1993. [planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm), Acesso em 19 maio 2022
- _____. **Lei 10.520, de 17 de julho de 2002**. Institui modalidade de licitação denominada Pregão. DOU 2002 L10520. Acesso em 19 maio 2022
- _____. **Lei 12.462, de 04 de agosto de 2011**
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm, Acesso em 19 maio 2022
- _____. **Lei 14.133, de 1º de abril de 2021**. Institui normas para licitações e contratos na Administração Pública. DOU 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em 18 maio 2022.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo. 26ª Edição. 2013,
- CARVALHO, Matheus, **Manual de Direito Administrativo**. 9ª edição, JusPODIVM, 2021.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella . **Direito administrativo**, São Paulo, Editora Atlas, 26ª edição **2013**..
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **A qualidade na Lei de Licitações: o equívoco de comprar pelo menor preço, sem garantir a qualidade**, Jus Navegandi, . Terezina, ano 5, n.38 1 jan.2000. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/429>. Acesso em: 18 maio 2022.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos**. 16ª ed. São Paulo: Dialética, 2014.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**, 16ª ed. Salvador: Editora Juspodium. 2010.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO; INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 5, DE 26 DE MAIO DE 2017; Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20239255/do1-2017-05-26-instrucao-normativa-n-5-de-26-de-maio-de-2017-20237783; Acesso em: 20. Fev. 2022

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 14ª edição, 1989.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 6 ed. São Paulo: Atlas, 1999. Jurisprudência citada em nota da p.296: STJ – 6ª T. – RMS nº 5.590/95-DF – Rel. Min.Luiz Vicente Cernicchiano, Diário de Justiça, Seção I, 10 jun.1996, p. 20.395.

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

SCARPINELLA. Vera. **Licitação na Modalidade Pregão**. 3ª ed. São Paulo. Malheiros 2003

SILVA, Walter José Gomes e. **Compras Governamentais: Critérios de economicidade e qualidade garantem bons produtos e serviços**.2012..Dissertação (Mestrado). UFPE,CTG

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA; STJ – 6ª T. – RMS nº 5.590/95-DF – Rel. Min.Luiz Vicente Cernicchiano, Diário de Justiça, Seção I, 10 jun.1996