

UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ
INSTITUTO DE ESTUDOS EM DIREITO E SOCIEDADE
FACULDADE DE DIREITO

GUSTAVO SILVA PACHECO

LICITAÇÕES PÚBLICAS

A seleção da proposta mais vantajosa e o critério do menor preço

Marabá/PA
2016

GUSTAVO SILVA PACHECO

LICITAÇÕES PÚBLICAS

A seleção da proposta mais vantajosa e o critério do menor preço

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de abrangência: Direito Administrativo.

Orientador: Prof. Dr. Jorge Luís Ribeiro dos Santos.

GUSTAVO SILVA PACHECO

LICITAÇÕES PÚBLICAS

A seleção da proposta mais vantajosa e o critério do menor preço

Aprovada em _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Jorge Luís Ribeiro dos Santos

Prof. Me. Rejane Pessoa de Lima

Dedico este trabalho ao meus pais, Roberto e Lila, que são, antes de tudo, a minha motivação e os merecedores de todas as minhas conquistas.

E ao meu irmão Fernando, companheiro de vida e o meu maior exemplo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Pai Celestial por ter me concedido oportunidades de ser sempre um melhor filho, melhor amigo e melhor cidadão, e por me brindar com um caminho privilegiado, pelo qual tentarei honrar Seu nome.

Aos meus amados pais, não consigo expressar meu amor e minha gratidão em palavras. A conclusão desta graduação é reflexo da educação que me proporcionam há 22 anos.

Ao meu irmão, Fernando Pacheco, agradeço pela orientação e conselhos, em todos os sentidos possíveis. O seu sucesso é meu sucesso e vice-versa: "*We are the same soul*".

Agradeço às minhas queridas famílias Souza Silva e Gonçalves Pacheco. Se família fosse um ato de escolha, a minha não seria diferente, pois carinho que tenho por cada um de vocês é imensurável!

Aos meus saudosos avós, Luís Ferreira e Benvinda Gonçalves, pelas lições e amor que me deram em vida e que ainda se perpetuam em minha alma.

À minha amada avó Benedita, ou melhor, "Dona Bena", cujo coração só é menor que sua vontade de ajudar o próximo. O seu exemplo de caridade e amor incondicional pela família ficará marcado por gerações. Sou imensamente grato e feliz por ser neto de uma pessoa tão maravilhosa.

Às "Autoridades Máximas" quero registrar que a experiência acadêmica de nada valeria se não tivesse conhecido vossas excelências e que, indubitavelmente, já posso chamá-los de irmãos. Em especial, ao meu amigo Rômulo Tiago, digo-lhe que foi uma honra enfrentar cada dificuldade e celebrar cada conquista ao seu lado.

À minha amiga Nathália, agradeço pela paciência e pelas palavras de incentivo. Seu apoio foi fundamental.

À Ordem DeMolay, aos amigos de faculdade e demais colegas do IFPA que, de algum modo, contribuíram para a conclusão deste trabalho.

“Se o dinheiro for a sua esperança de independência, você jamais a terá. A única segurança verdadeira consiste numa reserva de sabedoria, de experiência e de competência”.

(Henry Ford).

RESUMO

O trabalho consistirá em uma análise crítica do atual processo de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública nas licitações do tipo menor preço, em face dos novos paradigmas das compras governamentais. Pretende-se demonstrar a necessidade de superação da visão fechada que os compradores públicos possuem sobre o critério do menor preço, a fim de vislumbrar a real vantajosidade de cada proposta, considerando, aqui, que a proposta de menor preço não é necessariamente a mais vantajosa. Durante o trabalho será apresentado conceitos pertinentes a licitações e algumas circunstâncias que relativizam o critério do menor preço, bem como dados de pesquisas que podem contribuir para a discussão. Ao final, apresentar-se-á algumas medidas que, se tomadas, colaboram para a correta aplicação do critério do menor preço e que buscam garantir a seleção da proposta efetivamente mais vantajosa.

Palavras-chave: seleção da proposta mais vantajosa; critério do menor preço; vantajosidade; economicidade; licitação pública; novos paradigmas das compras governamentais.

ABSTRACT

The assignment consists on a critical analysis of the current selecting process for the most advantageous proposal for the Public Administration in lowest price bidding type, in light of the new paradigms of governmental acquisitions. It is intended to demonstrate the need to overcome the restricted view that public purchasers have on the lowest price criterion, in order to glimpse the real advantage of each proposal, considering that the lowest bid is not necessarily the most advantageous one. During the work will be presented concepts related with bidding and some circumstances which relativize the lowest price criterion, and research data that can contribute to the discussion. The conclusion presents some guidelines that, if taken, collaborate for the correct application of the lowest price criterion and seek to ensure the selection of the proposal effectively more advantageous.

Keywords: selection of the most advantageous proposal; lowest price criterion; advantageous; economic viability; public bidding; new paradigms of government purchasers.

LISTA DE SIGLAS

AP – Administração Pública

CF/88 – Constituição Federal de 1988

FGTS – Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

MPE – Microempresas e Empresas de Pequeno Porte

MPOG – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão

ONU – Organização das Nações Unidas

PLS – Projeto de Lei do Senado

PNAE – Programa Nacional de Alimentação Escolar

RDC – Regime Diferenciado de Contratações

SEBRAE – Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas

SIAFI – Sistema Integrado de Administração Financeira

SIASG – Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais

SISG – Sistema de Serviços Gerais

SLTI – Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação

STF – Supremo Tribunal Federal

TCU – Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. CAPÍTULO I - DIREITO ADMINISTRATIVO	13
1.1. REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO	15
1.2. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO	18
2. CAPÍTULO II – LICITAÇÕES PÚBLICAS	27
2.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS	27
2.2. PRINCÍPIOS DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.....	29
2.3. TIPOS DE LICITAÇÃO.....	30
2.3.1. O CRITÉRIO DO MENOR PREÇO	31
2.4. MODALIDADES DE LICITAÇÃO	33
2.5. FINALIDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO	41
2.5.1 SELEÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA.....	43
3. CAPÍTULO III - A SELEÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA X O CRITÉRIO DO MENOR PREÇO	46
3.1. BENEFÍCIOS.....	48
3.1.1. MICRO E PEQUENAS EMPRESAS (MPE)	49
3.1.2. OUTROS BENEFÍCIOS	52
3.2. EFICIÊNCIA, QUALIDADE DO PRODUTO E EXATA IDENTIDADE DO OBJETO.....	55
3.3. LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS E ACESSIBILIDADE	57
3.4. COMO PROCEDER: MEDIDAS QUE PODEM CONTRIBUIR PARA A CORRETA APLICAÇÃO DO CRITÉRIO DO MENOR PREÇO.....	60
CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS	67

INTRODUÇÃO

A Administração Pública deve observar as normas e princípios do ordenamento jurídico pátrio durante sua atuação e, ao contrário do princípio da legalidade imposto aos particulares que lhes permitem fazer tudo aquilo não proibido por lei, ao administrador público só é possível praticar os atos expressamente autorizados ou ordenados em lei.

Essa atuação adstrita à legislação fica evidenciada durante as licitações, em que princípio da economicidade, por exemplo, leva o comprador público a escolher como proposta vencedora aquela que apresente o menor custo para o Estado, em respeito à indisponibilidade do interesse público.

Esta é a regra geral. Tanto que, em momento anterior à contratação, o servidor atuante no processo deve realizar uma pesquisa preço a fim de que a Administração não proceda com uma compra/contratação por preço superior ao praticado no mercado.

Não obstante, veremos que o menor preço não é o único critério a ser observado na escolha da proposta vencedora e, outrossim, a economicidade é apenas um de vários princípios que regem as licitações. Isso porque além de atender as necessidades de cada órgão, as compras públicas têm ainda outra finalidade.

As compras governamentais possuem uma função social e, portanto, não apenas servem para atender uma necessidade imediata. Desta forma, a aquisição de materiais e contratação de serviços por parte dos entes públicos são uma importante ferramenta de transformação social. Ressalte-se, por oportuno, que o mercado de compras públicas brasileiro corresponde a mais de 500 bilhões de reais em contratações por ano¹.

Ocorre que durante as licitações públicas do tipo menor preço a seleção da proposta de menor valor nominal vem prevalecendo sobre outros princípios e critérios de escolha de igual hierarquia que orientam essa escolha e, em suma, a Administração está selecionando a proposta de menor preço e comprando do mais

¹ Fonte: SEBRAE. *Cartilha do Comprador: os novos paradigmas da administração pública*. Disponível em: <<https://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/micro-e-pequenas-empresas/cartilha-do-comprador-19out2014.pdf>>. Acesso em: 11 de janeiro de 2016.

barato, sem verificar qual é de fato **o melhor preço**, ou seja, qual é **a proposta mais vantajosa**.

Diante do exposto é que o subtema da presente monografia traz o critério do menor preço como obstáculo à seleção da proposta mais vantajosa, pois vantagem para a Administração vem sendo, erroneamente, entendida como a seleção da proposta de menor preço, sem levar em conta os demais aspectos de vantajosidade.

A título de exemplo podemos citar os benefícios dados às microempresas, empresas de pequeno porte, agricultores familiares, produtores rurais pessoa física, microempreendedores individuais e sociedades cooperativas de consumo, bem como à preferência concedida aos produtos sustentáveis e aos produtos e serviços nacionais alcançados pela margem de preferência.

Nestas hipóteses e a depender do caso em concreto, pode ser a proposta que o órgão deva selecionar, portanto a mais vantajosa para a Administração, não seja, *a priori*, a de menor preço. Cabe ao órgão licitante fazer esta ponderação e definir os critérios de vantajosidade ainda na fase de elaboração do edital ou carta-convite.

Outro problema é que a aplicação incorreta do critério do menor preço por muitas vezes induz o agente público a comprar mal, quando não se é verificado se o produto é de qualidade (princípio da eficiência) ou se realmente era o que se pretendia adquirir (exata identidade do objeto). A visão apenas econômica das propostas prejudica a percepção dos demais elementos que constituem o produto ou serviço.

Ademais, entendemos que a vantajosidade deve ser vista sob a ótica do interesse público e encarada não só como um fim da licitação pública, mas como um próprio princípio licitatório a ser observado no processo de escolha das propostas.

O objetivo deste trabalho, portanto, é realizar uma análise crítica do processo de escolha da proposta vencedora, observando a mais recente legislação sobre o tema, bem como sugerir métodos para substanciar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

No primeiro capítulo será exposta a conceituação do Direito Administrativo e apresentado o regime jurídico-administrativo a qual as compras públicas se submetem. Em seguida, no Capítulo II, iniciaremos as questões pertinentes às Licitações Públicas e veremos de forma crítica seus princípios,

objetivos, os tipos, modalidades e fases das licitações, a fim de que o leitor possa se situar nas questões apresentadas no presente trabalho.

Por fim, na terceira e última parte desta monografia, passaremos ao tema central deste trabalho: seleção da proposta mais vantajosa x critério do menor preço, verificando quais normas vêm sendo feridas e quais os motivos que fomentam a adoção equivocada do critério do menor preço e, conseqüentemente, a não seleção da proposta de fato mais vantajosa, para que assim busquemos soluções à problemática. Sabemos que não será possível esgotar o tema, porém é de nosso interesse que o leitor saia motivado e preparado para o debate.

1. CAPÍTULO I – DIREITO ADMINISTRATIVO

Um dos grandes marcos da Constituição Brasileira de 1988 foi a importância que esta deu ao Direito Administrativo, concebida através da **constitucionalização dos preceitos básicos da Administração Pública**, em especial os dispostos em seu artigo 37. Com essa inovação, é possível dizer que o núcleo essencial do Direito Administrativo está aduzido na própria Carta Magna e não mais no ordenamento infraconstitucional. Daí surge a ideia de um Direito Administrativo Constitucional, conforme leciona Moraes (2007).

Não obstante o Direito Administrativo seja frequentemente vinculado ao Direito Constitucional, é de se destacar a autonomia daquele em relação aos outros ramos do direito. No início do século XIX se rompeu do Direito Civil – que na época regula a função administrativa – e, dali em diante, passou a exercer papel primordial no controle do poder estatal e na normatização da atividade administrativa (MAFRA, 2005).

Atualmente nota-se que o Direito Administrativo pertence ao grande ramo do Direito Público, já que através de seus princípios e de suas regras fixa limites para a atuação dos agentes públicos e dos entes estatais. Para melhor elucidação, passemos a conceituação do Direito Administrativo sob a ótica dos mais consagrados autores.

Segundo Hely Lopes Meirelles (2003, p. 38), um dos mais respeitados doutrinadores no ramo, Direito Administrativo pode ser conceituado como o "conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado".

Já a administrativista Di Pietro, dando ênfase ao caráter público deste ramo do Direito, define como sendo o:

[...] ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza

para a consecução de seus fins, de natureza pública (DI PIETRO, 2014. p. 48).

O Professor José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 8), sem destoar dos demais, porém fazendo menção aos administrados em seu conceito, afirma que o Direito Administrativo é “ o conjunto de normas e princípios que, visando sempre ao interesse público, regem as relações jurídicas entre as pessoas e órgãos do Estado **e entre este e as coletividades a que devem servir (grifo nosso)** ”.

A partir destes conceitos, podemos dizer que a conceituação de Direito Administrativo converge sempre para três aspectos: **(a)** conjunto de normas e princípios de caráter público; **(b)** regendo as relações jurídicas dos órgãos e agentes públicos, bem como a atividade administrativa; e **(c)** visando sempre o interesse público.

Tratando o Direito Administrativo como ciência, pode-se afirmar que seu objeto mediato são, portanto, as atividades, agentes, pessoas e órgãos da Administração Pública, enquanto seu objeto imediato são os princípios e normas que regulam a função administrativa (MAZZA, 2014).

Ante os já reiterados registros do termo *Administração Pública* no presente trabalho – por questões naturais, já que se trata de tema inserido na cadeira de Direito Administrativo – é importante fazermos uma distinção entre seus sentidos.

O termo administração pública apresenta, no mínimo, dois sentidos. Para elucidá-los foi escolhido o ensinamento que é comum e majoritário, exarados aqui por Carvalho Filho (2015).

O primeiro destes sentidos, o objetivo, define o termo administração pública como a própria atividade administrativa exercida pelo Estado. Portanto, administração pública se confunde com a própria **função administrativa**.

Por outro lado, Administração Pública – neste caso, grafada com iniciais maiúsculas – expressa o conceito subjetivo do termo, como sendo o **conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas que executem as atividades administrativas**. Desta forma, aqui é levado em consideração os sujeitos da função administrativa.

Ademais, cabe aqui definir o conceito de função administrativa, que, para Aricê Moacyr Amaral Santos (apud CARVALHO FILHO, 2015, p. 4), é aquela

desempenhada pelo Estado ou por seus delegados sob o regime de direito público e submissa à ordem constitucional e legal, com fito de alcançar o objetivo impostos pela legislação. Logo, não é exercida apenas pelo Poder Executivo, mas também pelo Legislativo e Judiciário quando desenvolvem atividades materialmente administrativas.

Por oportuno e a fim de dar base à discussão objeto deste trabalho, definir-se-á ato administrativo e, por conseguinte, processo e procedimento administrativo. Ocorre que, ao falarmos de ato administrativo, temos ciência de que o tema é extenso e amplamente discutido entre os administrativistas, desde a origem histórica de sua definição até a evolução de seu conceito.

Diante disto e tendo em vista que nosso objetivo aqui é outro, iremos apresentar o conceito mais utilizado e desenvolvido pela doutrina – já que a legislação não nos traz um conceito normativo –, considerando que os juristas costumam utilizar quatro critérios reiteradamente adotados para a definição de ato: manifestação da vontade, caráter infralegal, emissão de comando complementares à lei; e com finalidade de produzir efeitos jurídicos.

Sendo assim, segundo Meirelles (2006, p. 149) o ato administrativo é a manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos seus administrados ou a si próprias.

É importante consignar que processo e procedimento administrativo não se confundem. Como bem salienta Di Pietro (2014, p. 696) em uma feliz comparação, o processo existe sempre como instrumento indispensável para o exercício de função administrativa, sendo uma série de atos ordenados para preparar e instruir um ato final; enquanto o procedimento representa um conjunto de formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativos (equivale a rito, a forma de proceder). Assim, percebe-se que o procedimento se desenvolve dentro de um processo administrativo.

1.1 REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

O regime jurídico administrativo consiste em agrupado de todas as normas relativas à Administração Pública. É, portanto, a base para a atuação

administrativa, incidindo desde as licitações públicas até a intervenção do Estado na propriedade privada, entre outras áreas do Direito Administrativo.

O professor Marçal Justen Filho define o regime jurídico administrativo com sendo um:

[...] conjunto de normas jurídicas que disciplinam o desempenho de atividades e de organizações de interesse coletivo, vinculadas direta ou indiretamente à realização dos direitos fundamentais, caracterizado pela ausência de disponibilidade e pela vinculação à satisfação de determinados fins. (FILHO, 2005. p. 48).

Sobre o tema, Di Pietro aduz que

[...] a expressão regime jurídico administrativo é reservada tão-somente para abranger o conjunto de traços, de conotações que tipificam o Direito Administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa. Basicamente pode-se dizer que o regime administrativo resume-se a duas palavras apenas: prerrogativas e sujeições. (DI PIETRO, 2006, pag. 64).

Di Pietro ainda vem expor que, concomitantemente as prerrogativas colocam a Administração em posição de supremacia perante o particular, as restrições a que está sujeita limitam a sua atividade a determinados fins e princípios. O complexo de prerrogativas e restrições a que está sujeita a Administração e que não se encontram nas relações entre particulares é que, então, constitui o regime jurídico administrativo (2006, p. 66).

A fim de sistematizar o conjunto de prerrogativas conferidas à Administração Pública, extrai-se da própria CF/88 e demais normas infraconstitucionais o **princípio da supremacia do interesse público sobre o privado**. À contrapartida, o conjunto de restrições a que estão sujeitos os agentes públicos foi traduzido no **princípio da indisponibilidade (pela Administração) do interesse público**. Tão importante é a importância dada a estes princípios que Celso Antônio Bandeira de Mello, ao discorrer sobre eles (2013, p. 70), classifica-os como **supraprincípios** do Direito Administrativo.

Analisando o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado se percebe que este princípio retrata os especiais poderes da Administração Pública em face do particular. Salvo as exceções legais, quando Estado exerce a função

administrativa o faz em posição de superioridade, pois o interesse da coletividade se sobrepõe ao interesse particular. Com efeito, é a supremacia do interesse público sobre o privado que torna possível à Administração alcançar a finalidade que a lei a confere.

Ressalte-se, ainda, que interesse público não significa interesse do agente público, mas sim da coletividade. Ocorre que há quem fragmente o interesse público em primário e secundário.

Nas lições de Matheus Carvalho (2015, p. 57):

O interesse primário é composto pelas necessidades da sociedade, ou seja, dos cidadãos enquanto partícipes da coletividade, não se confundindo com a vontade da máquina estatal, a qual se configura o interesse secundário. Isso decorre do fato de que, não obstante sempre atue visando satisfazer as necessidades da coletividade, o poder público tem personalidade jurídica própria e, por isso, tem os seus interesses individuais, como é o caso da instituição de tributos, com a intenção de arrecadar valores para a execução da atividade pública. E, a despeito de se verificar a vantagem ao poder público, individualmente considerado, isso será utilizado na busca pelo interesse de toda a sociedade.

Ao tratar do princípio em tela, Dirley da Cunha Júnior (2015, p. 35) enfatiza a verticalidade da relação administração x particular, *in verbis*:

A posição de supremacia é muitas vezes expressada através da afirmação de que vigora a verticalidade nas relações entre Administração e particulares, ao contrário da horizontalidade, típica das relações entre particulares. Isso significa que o Poder Público se encontra em situação de comando e autoridade relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto. Isso implica o reconhecimento de uma desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados. Compreende, em face de sua desigualdade, a possibilidade, em favor da Administração, de constituir os privados em obrigações por meio de ato unilateral daquela e também o direito de modificar, também unilateralmente, relações já estabelecidas.

A segunda coluna que sustenta o regime jurídico administrativo é o princípio da indisponibilidade do interesse público. O interesse coletivo é indisponível, ou seja, sempre que o agente público for atuar será em prol deste interesse, e não da sua vontade particular ou de terceiros. É deste princípio também que surge a vedação a renúncia de direitos ou poderes conferidos por lei à Administração.

Enquanto a supremacia do interesse público confere poderes ao administrador, o princípio da indisponibilidade deste interesse limita a atuação dos agentes públicos. O titular do interesse público é a própria coletividade, logo não há como a Administração dispor e abrir mão de vontade coletiva ou de suas prerrogativas.

Di Pietro (2014, p. 67) ensina que “por não poder dispor dos interesses públicos cuja a guarda lhes é atribuída por lei, os poderes atribuídos à Administração têm o caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão”.

À frente faz importante registro:

O princípio do interesse público está expressamente previsto no artigo 2º, caput, da Lei nº 9.784/99, e especificado no parágrafo único, com a exigência de "atendimento afins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei" (inciso II). (Di Pietro. 2014, p. 68)

Destarte, pode-se dizer que todos os demais princípios se originam destes dois supraprincípios, sejam para conferir poderes à Administração Pública, quer seja para impor restrições a atuação do agente público (MEIRELLES, 2006).

1.2. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Um das peculiaridades do Direito Administrativo quando comparado com outros ramos do direito é que na seara administrativa não existe um código específico para normatizá-la. Assim, não há, portanto, um “Código de Direito Administrativo”.

Dito isto, tal função – a normatização do Direito Administrativo – acaba ficando por conta das normas constitucionais e pelas leis, decretos, súmulas, orientações jurisprudenciais, portarias, resoluções, instruções normativas e demais atos infralegais, esparsos pelo ordenamento jurídico.

Sem embargo, na ausência de um código próprio é que os princípios administrativos ganham destaque, pois exercem um papel de regra geral a ser seguida pelos operadores do direito, agentes públicos e cidadãos; são, de fato, um norte para o exercício da função administrativa.

Nas lições de Carvalho Filho (2015, p. 18), “Princípios administrativos são os postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública. Representam cânones pré-normativos, norteados a conduta do Estado quando no exercício de atividades administrativas”.

Dada a importância dos princípios no Direito Administrativo, é oportuno tecermos um breve comentário sobre a aplicação destes no ordenamento jurídico, utilizando o método clássico de Ronald Dworkin (2007) e Robert Alexy (2008), em que, ressalvadas as peculiaridades das teses de cada autor, a norma pode ser classificada como regra ou princípio.

Ao tratarem da distinção qualitativa ou forte entre regras e princípios, os juristas supracitados defendem que na aplicação dos princípios é necessário que se verifique qual será o princípio aplicável, por meio do processo de ponderação de valores.

Desta sorte, os princípios possuem uma carga valorativa a ser analisada pelo operador do direito para sanar eventuais dúvidas – qual norma deve ser aplicada – ou para preencher possíveis lacunas no ordenamento jurídico. Por questões didáticas, dividiremos aqui princípios em duas categorias: explícitos e implícitos².

Quanto à primeira categoria, a dos **princípios explícitos**, a Constituição da República de 1988 inovou ao trazer em seu texto um rol de princípios a serem observados no exercício da função administrativa.

A saber:

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** [...] (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, **grifo nosso**). (BRASIL, 1988).

Desta forma, não se trata apenas de princípios expressos, mas sim de princípios constitucionais, os quais interveem na atuação da Administração Pública. Assim, considerando a importância de cada um destes não se pode olvidar da análise, ainda que perfunctória, do famoso “LIMPE” (Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência).

² Técnica adota por José dos Santos Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, 2015).

a. Legalidade

O princípio da legalidade é, indubitavelmente, o sustentáculo do Estado de Direito. Sob a ótica administrativista, particularmente, a legalidade aqui toma lugar de maior destaque em face aos outros ramos do Direito.

Prevista no artigo 37 da CF/88, a legalidade impõe ao administrador o dever de atuar sempre em consonância à lei. Mais que isso, só haverá atuação do agente quando a lei assim o exigir ou expressamente permitir.

Para melhor explicar essa distinção entre a legalidade em face dos particulares e a legalidade dos agentes públicos, Meirelles (2000, p. 82) nos diz:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. **A lei para o particular significa “poder fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim (grifo nosso).**

À vista disto, conclui-se que o princípio da legalidade é um verdadeiro instrumento de controle dos atos da administração pelo cidadão e pela própria Administração – neste caso, através do poder de autotutela –, pois limita a atuação do Estado e constrói uma segurança jurídica àqueles.

Nas licitações públicas, a legalidade conduz a atuação do órgão licitante a seguir o procedimento legalmente descrito, conferindo uma verdadeira prerrogativa aos participantes de exigirem apenas a prática de atos dispostos em lei.

b. Impessoalidade

Dentre os princípios expressos, o da impessoalidade talvez seja o único que ainda causa pequena divergência na doutrina, mas nada que prejudique sua definição. O que acontece é que cada autor costuma elencar duas ou mais finalidades a este princípio. Aqui apresentaremos as três que mais se reiteram na doutrina brasileira³.

O primeiro valor dado à impessoalidade se refere à imputação do ato praticado, a qual deve ser remetida à Administração Pública e jamais ao agente

³ Nesse sentido: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 30ª edição, 2013; CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 28ª Edição, 2015; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo – 27. ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

público. Quer-se, neste ponto, vedar a promoção pessoal do administrador, já que o agente não pode valer-se dos instrumentos e recursos públicos para, desonestamente, promover seu nome ou o de sua gestão.

Seja dito de passagem, Mazza (2014, p. 99) nos mostra que a responsabilidade pela reparação de danos causados no exercício regular da função administrativa é do Estado – e não do agente que realizou a conduta – em razão, justamente, da regra de imputação do ato administrativo.

Já a segunda concepção do princípio da impessoalidade relaciona-se intrinsecamente ao princípio da igualdade ou isonomia. O Estado deve atuar de forma isonômica, não podendo haver privilégios ou regalias para destinatários específicos. Surge, destarte, a obrigação de agir imparcialmente, respeitando apenas as exceções legalmente prescritas.

Até aqui foi apresentado dois aspectos da impessoalidade, um voltado para o agente praticante do ato e outro para o destinatário do ato. Por fim, o último aspecto é, inclusive, admitido como um princípio específico para Hely Lopes Meirelles (2006), o chamado *princípio da finalidade*. Em que pese a nomenclatura dada, é inquestionável que a impessoalidade aqui representa a proibição da prática de atos que tenham a intenção de se alcançar fins pessoais. Isto é, o agente estatal só deve praticar atos destinados a cumprirem o fim indicado pela lei, jamais para cumprir seus interesses particulares.

Logo, durante os procedimentos licitatórios o agente público deve ser imparcial, não podendo conceder privilégios ou favores a qualquer licitante em detrimento de outros. Somente a atuação imparcial da Administração é que irá garantir à igualdade de condições a todos os concorrentes, conforme previsto no art. 37, XXI da CF/88:

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).

c. Moralidade

Há pouco foi explicado que o administrador deve atuar sempre em conformidade à lei. Ocorre que nem tudo que é moral é legal, assim como o que é legal não será, *a prima facie*, moralmente aceitável.

É mister salientar que a moralidade aqui é específica, própria do Direito Administrativo, denominada de moralidade administrativa, como bem descreve o artigo 5º, LXXIII da CF/88, *in verbis*:

Art. 5º

[...]

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à **moralidade administrativa**, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência (**grifo nosso**).

Em respeito ao princípio em tela, o administrador que estiver exercendo a função administrativa deve atuar de forma honesta, proba e equânime, com boa-fé e obedecendo o decoro e os padrões éticos.

O Supremo Tribunal Federal (STF), com fundamento no princípio da moralidade, editou a Súmula Vinculante nº 13, que proibiu expressamente o nepotismo na Administração Pública, vejamos:

Súmula Vinculante nº 13 - A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal. (BRASIL, 2008).

Destarte, fica evidente a relevância concedida à moralidade pela Magna Carta, ao passo que foi elevada à categoria de princípio constitucional, limitando o exercício da função administrativa pelo agente público.

Outrossim, o princípio da moralidade obriga tanto os servidores responsáveis pelos procedimentos de compras – em regra, a comissão permanente de licitação de cada órgão –, como as autoridades responsáveis pela homologação da licitação, as quais devem observar se os padrões de boa-fé e probidade foram seguidos durante todo o certame.

d. Publicidade

O princípio constitucional da publicidade revela-se como importante ferramenta de controle social, traduzindo-se na transparência dos atos administrativos. Somente com o conhecimento dos atos praticados pela Administração Pública é que o cidadão poderá fiscalizar os agentes e órgãos públicos, a fim de exigir a conduta proba e eficiente.

A Lei nº 9.784/99 em seu artigo 2º, parágrafo único, inciso V, define a publicidade como a “divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição”.

Sobre o tema, Di Pietro assegura que:

[...] todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. (2014, p.67).

No que tange às licitações públicas, o princípio em epígrafe ganha força especial no artigo 3º da Lei 8.666/93, na Lei nº 10.520/02 e no Decreto nº 5.450/05, entre outras normas pertinentes, visando dar publicidade ao processo licitatório desde sua fase interna até os últimos atos da fase externa do certame.

e. Eficiência

Entre os princípios expressos na Constituição Federal, o da eficiência talvez seja o que mais possua relevância com este trabalho, pois a escolha da proposta mais vantajosa tem como consequência mediata a eficiência do próprio procedimento licitatório.

Em suma, a eficiência preza pela gestão de qualidade e que busque atingir sempre os melhores resultados possíveis. De igual forma, o administrador deve almejar a economia dos recursos públicos, celeridade nas ações e boa produtividade.

A eficiência é imposição na iniciativa privada e, da mesma maneira, deve ser observada na esfera pública, tendo em vista a indisponibilidade do interesse público. Ou seja, o servidor público – em especial aqueles que já detém a

estabilidade no cargo – não pode afrouxar no desempenho de suas funções, pelo contrário, deve ter vigor em dobro por estar no exercício de uma função pública.

O princípio da eficiência sempre esteve presente no ordenamento jurídico brasileiro, no entanto somente após a reforma administrativa de 1998 é que passou a estar expressamente previsto no texto constitucional, com o advento da Emenda Constitucional nº 19/98.

Meirelles (2000, p 90) afirma que o princípio da eficiência:

[...] exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em se desempenhar apenas com uma legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento as necessidades da comunidade e de seus membros.

Quanto aos **princípios implícitos**, inicialmente é importante ressaltar que apesar de não expressos no art. 37 da CF/88 eventualmente os princípios abaixo poderão estar explícitos em outro dispositivo legal. Ademais, os princípios explícitos não são, *a prima facie*, superiores aos princípios implícitos, pois a força normativa é equivalente. Não obstante, cabe a nós sermos precisos na definição dos princípios implícitos para que não percamos tempo, já que, ulteriormente, daremos especial atenção aos princípios gerais da licitação, foco deste trabalho.⁴

f. Presunção de legitimidade e veracidade

Este princípio mostra-se como um verdadeiro atributo de todos os atos administrativos, conferindo ao particular a incumbência de provar que determinado ato carece de legitimidade e/ou veracidade. Tanto a presunção de legitimidade como a presunção de veracidade possuem caráter *juris tantum*, isto é, o ato será considerado legítimo e sua motivação verdadeira até que se prove o contrário.

g. Motivação

⁴ Para a conceituação dos princípios a seguir foram utilizados os ensinamentos de Di Pietro, Bandeira de Mello, Carvalho Filho e Justen Filho: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo – 27. ed. – São Paulo: Atlas, 2014; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 30ª edição, 2013; e FILHO, Marçal Justen Filho. Curso de Direito Administrativo. Editora Saraiva. São Paulo, 2005.

O princípio da motivação impõe ao administrador o dever de motivar seus atos, ou seja, indicar as razões de fato e de direito que induziram à prática do ato. Enquanto os fundamentos de direito referem-se à própria legislação, os fundamentos de fato consistem nos acontecimentos, circunstâncias, eventos etc., que motivaram o ato.

h. Princípio da continuidade do serviço público

Tendo em vista que o serviço público é de interesse coletivo, a sua prestação deve ter constância e normal continuidade, podendo ser interrompido em casos raríssimos. Desta maneira, implica tanto ao agente administrativo – que tem a obrigação de desempenhar a atividade administrativa – como o particular, já que nos contratos administrativos o contratado não pode deixar de prestar o serviço quando o inadimplemento for menor que noventa dias, em regra.

i. Princípio da autotutela

O princípio em tela se traduz no poder da Administração em rever seus atos para, querendo, anulá-los ou revogá-los. A anulação se dá quando verificado algum vício de legalidade, enquanto a revogação dar-se-á por motivos de conveniência e/ou oportunidade. Vale ressaltar que em ambos os casos independe de autorização do Poder Judiciário, daí a nomenclatura “autotutela”.

Apesar de previsto tal poder na legislação, o STF editou as seguintes súmulas:

Súmula 346 do STF - A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos. (BRASIL, 1963).

Súmula 473 do STF - A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. (BRASIL, 1969).

j. Isonomia

O princípio da isonomia, presente também em outros ramos do direito, impõe ao administrador o dever de proceder tratamento equânime, igualitário e com paridade perante os particulares, respeitando as exceções legais.

O tratamento isonômico já foi previsto na Carta Magna (art. 37, XXI) para contratações, compras e alienações da Administração Pública, mas, devido a sua importância, a Lei nº 8.666/93 em seu art. 3º optou por reiterar a determinação de utilização do princípio ora ventilado.

k. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade

Apesar de diversos autores buscarem separar e estabelecer diferenças entre o princípio da razoabilidade e o da proporcionalidade, é certo que ambos atuam de maneira conjunta e possuem a mesma finalidade, servindo de parâmetro na atuação da Administração Pública e coibindo o agente público a desempenhar sua função dentro dos padrões normais de admissibilidade.

Desta forma, a razoabilidade e a proporcionalidade proíbem os excessos e exageros, decisões administrativas desarrazoáveis e incoerentes, bem como restringem o excesso de poder, buscando, portanto, trazer segurança jurídica ao destinatário do ato.

I. Finalidade

O princípio da finalidade, por sua vez, obriga o agente que no exercício da função administrativa apenas pratique atos com a finalidade prevista na norma. Destarte, por mais que o agente esteja atuando de boa-fé, a finalidade do ato que for praticar deve sempre ser a disposta na lei e que vise o interesse público. Como consequência do princípio em análise é que surge a vedação dos atos praticados com abuso de poder, na sua modalidade desvio de finalidade.

José dos Santos Carvalho Filho (2004, p. 34) define desvio de poder como:

[...] a modalidade de abuso em que o agente busca alcançar fim diverso daquele que a lei lhe permitiu. A finalidade da lei está sempre voltada para o interesse público. Se o agente atua em descompasso com esse fim, desvia-se de seu poder e pratica, assim, conduta ilegítima. Por isso é que tal vício é também denominado de desvio de finalidade, denominação, aliás, adotada na lei que disciplina a ação popular (Lei nº. 4.717, de 29/06/1965, art. 2º, parágrafo único, 'e').

m. Especialidade

Cuida-se de um princípio que atua no âmbito das entidades estatais, em especial para as Autarquias e Agências Reguladoras. O princípio da especialidade restringe a atuação de órgãos e pessoas jurídicas públicas à finalidade para qual foram criadas.

Posto isto, uma universidade federal, por exemplo, não pode desempenhar função diferente daquela promover a educação de nível superior no país. Tal autarquia, então, estará vinculada ao fim que motivou sua criação.

2. CAPÍTULO II – LICITAÇÕES PÚBLICAS

Foi dito que o objeto deste trabalho consiste na relação entre o critério do menor preço e a seleção da proposta mais vantajosa, considerando a influência que o princípio da economicidade produz no princípio da vantajosidade. Destarte, para uma discussão mais aprofundada foi necessária uma breve explanação dos conceitos de Direito Administrativo e seus principais institutos, e agora, como o mesmo objetivo, apresentaremos à temática principal deste trabalho: **as licitações públicas**.

2.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Poucos anos após promulgada a Constituição Federal de 1988 passaram a surgir escândalos e diversos casos de superfaturamento de obras públicas, bem como favorecimento de contratos da Administração Pública com empresas associadas a políticos.

Diante desse contexto, a população começou a manifestar uma pressão no sentido de se criar uma lei que evitasse tal tipo de corrupção. Surge naquele tempo a Lei nº 8.666/93, que estabeleceu normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras,

alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A legislação, então, passou a limitar o processo de escolha do agente nas licitações públicas e, equivocadamente, estabeleceu o critério do menor preço como regra geral e soberana (art. 45 §1º alínea I), o que diminuiu a importância de outros aspectos, como a qualidade do produto e a capacidade técnica do fornecedor, estimulando os compradores públicos a contemplarem o critério do menor como critério de caráter quase absoluto.

Em que pese o critério do menor preço possa comprometer a seleção da proposta mais vantajosa, não há como se negar o avanço que a Lei nº 8.666/93 trouxe para as compras governamentais e, principalmente, o seu papel em coibir os ilícitos praticados nas licitações públicas.

Licitação pública é, sem dúvidas, um procedimento formal, regulado pela Lei nº 8.666/93, pelo qual a Administração Pública realiza a escolha da proposta que lhe seja mais vantajosa. É um meio para um fim e, em geral, é através das licitações que os órgãos públicos contratam serviços e adquirem materiais no exercício da função administrativa, a fim de cumprir com a finalidade imposta pela lei.

Desta forma, os fornecedores interessados podem apresentar suas propostas e a Administração selecionar aquela melhor satisfaça o interesse público, desde que, tanto a proposta como o método de escolha, obedeçam aos ditames legais e o que dispor o edital ou a carta-convite da licitação.

Hely Lopes Meirelles (2006) aduz que a licitação é um procedimento administrativo pelo qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Assim, desenvolve-se através atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, propiciando igual oportunidade a todos os interessados e que atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.

Marçal Justen Filho (2006), de forma sucinta, afirma que a licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio (edital ou carta-convite, conforme o caso), 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.

Carvalho Filho (2015. p. 20), por sua vez, conceitua licitação como:

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

Com efeito, observa-se que todos os conceitos supratranscritos trazem como finalidade da licitação a seleção da “proposta mais vantajosa”, “contratação mais vantajosa” e “melhor proposta”.

Desta forma, resta consignado que em nenhum momento é dito que a finalidade da licitação é a escolha da proposta de menor preço. Logo, o comprador público deve sempre primar pela vantajosidade, entendendo, portanto, que melhor preço não se confunde com menor preço.

Aqui, então, reside a finalidade do presente trabalho: compreender que o critério do menor preço, por si só, não é suficiente para garantir que a proposta menos onerosa é a mais vantajosa.

2.2. PRINCÍPIOS DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

Além dos princípios gerais do Direito Administrativo previstos expressa ou implicitamente na Constituição Federal, existem princípios específicos aplicados às licitações públicas que norteiam a seleção da proposta mais vantajosa, em sua grande maioria dispostos na Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993.

Nos termos do art. 3º da referida lei:

Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da **isonomia**, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da **legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos (grifo nosso)**. (BRASIL, 1993).

Considerando que alguns destes princípios já foram comentados e ponderados anteriormente, submeteremos à nossa análise a seguir apenas os princípios da igualdade, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da competitividade e do procedimento formal.

O princípio da igualdade busca dar tratamento igualitário entre os participantes do certame, vedando vantagens e benefícios que não estejam legalmente previstos. Somente com igualdade de condições e oportunidades entre os participantes é que haverá competitividade e, conseqüentemente, propostas mais vantajosas para a Administração.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório, como o seu nome sugere, impede que, após dada a publicidade do edital ou instrumento equivalente, a Administração ou o participante se utilize de outra regra, senão a da lei e a do respectivo instrumento convocatório. O procedimento fica, portanto, vinculado às regras legais e editalícias. Desta forma, na busca da proposta mais vantajosa deve ser observado as regras dispostas no edital ou na carta-convite, se for o caso.

O julgamento objetivo diz respeito à predeterminação dos critérios a serem utilizados na escolha da melhor proposta, conforme o art. 45 da Lei nº 8.666/93:

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle. (BRASIL, 1993).

O princípio em tela tem sua razão no fato de que o interessado em participar da licitação precisa, desde logo, saber quais serão as regras adotadas na licitação e, principalmente, na seleção da proposta vencedora, para que então possa analisar se é vantajoso para si participar do certame.

A competitividade, enquanto princípio do procedimento licitatório, impõe que as exigências contidas no edital sejam apenas as necessárias ao cumprimento do contrato a ser firmado, a fim de preservar a própria e indispensável competitividade. Como dito alhures, quanto mais ampla a competição, maiores as chances de existirem propostas satisfatórias à Administração.

A título de exemplo da aplicabilidade deste princípio, citamos o art. 4.º, III, b, da Lei 4.717/1965:

Art. 4º São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no art. 1º.
[...]

III - A empreitada, a tarefa e a concessão do serviço público, quando:

[...]

b) **no edital de concorrência forem incluídas cláusulas ou condições, que comprometam o seu caráter competitivo (grifo nosso)**. (BRASIL, 1965).

Derivado do princípio do devido processo legal, o procedimento formal é característica fundamental das licitações. Determina que o certame deve obedecer a formalidade prevista na legislação pertinente. Contudo, cumpre registrar que o excesso de formalidade pode ser prejudicial ao procedimento, bem como a ausência de formalidade pode causar a nulidade. Não obstante, só haverá nulidade se houver a confirmação da ocorrência do prejuízo à licitação.⁵

2.3. TIPOS DE LICITAÇÃO

O tipo de licitação refere-se ao critério adotado e previamente estabelecido pela Administração para o julgamento da proposta. A Lei nº 8.666/93 em seu art. 45 estabelece os seguintes critérios: menor preço, melhor técnica, técnica e preço e maior lance ou oferta. Cumpre ressaltar que a lei veda a criação de um novo tipo de licitação, bem como proíbe a junção de um ou mais tipos.

Nos termos do art. 45, § 1º:

§ 1º Para os efeitos deste artigo, **constituem tipos de licitação**, exceto na modalidade concurso:

I - **a de menor preço** - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

II - **a de melhor técnica**;

III - **a de técnica e preço**.

IV - **a de maior lance ou oferta** - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso (Grifo nosso). (BRASIL, 1993).

Considerando que em geral as licitações são do tipo menor preço e este critério de seleção representa parte fundamental deste trabalho, decidimos por explicar apenas este o critério deste tipo de licitação, ao qual foi destinado o tópico a seguir.

⁵ Não havendo prejuízos graves ao procedimento, existe a hipótese de convalidação. (MAZZA, 2015).

2.3.1. O critério do menor preço

A partir da análise do art. 45 acima transcrito, percebe-se que o tipo menor preço foi o único expressamente definido pela norma. A finalidade deste tipo de licitação, de modo geral, é obter a maior economia possível para a Administração. Em vista disso, pode-se afirmar que este tipo de licitação tem fundamento no princípio da indisponibilidade do interesse público e, por conseguinte, no princípio da economicidade.

Para a modalidade de licitação denominada pregão, a qual foi instituída pela Lei nº 10.520/02, o art. 4º, X, aduz que será obrigatoriamente utilizado o critério do menor preço para julgamento das propostas. Vejamos:

X - 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 (**grifamos**). (BRASIL, 2002).

Considerando que no ano de 2015 foram realizadas 23.578 licitações na esfera federal, das quais 22.603 adotaram a modalidade pregão, o que representa 96% dos procedimentos licitatórios, depreende-se que o critério menor preço é claramente o mais utilizado⁶. Logo, resta demonstrada a importância do estudo deste tipo de licitação.

A despeito do julgamento e classificação das propostas, é primordial enfatizar que o próprio inciso X obriga a Administração a observar “as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital”. Isto é, garantir a eficiência nesta aquisição/contratação.

Eficiência, neste caso, é sinônimo de vantagem. Desta forma e não obstante o valor da proposta seja crucial para a classificação dos competidores, o preço não será a única medida na escolha do vencedor. Portanto, o comprador deve contemplar, dentre as propostas mais econômicas, qual é a mais vantajosa.

Há também casos em que, mesmo utilizando o critério do menor preço, a proposta vencedora não será a de menor preço nominal, tendo em vista algumas exceções que veremos no Capítulo III deste trabalho.

⁶ Fonte: Painel de Compras do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Disponível em: <painelcompras.planejamento.gov.br>. Acessado em: 05 de fevereiro de 2016.

A partir dessas exceções à escolha proposta nominalmente mais barata é que se afirma que na leitura do artigo 45 da Lei nº 8.666/93, que define o critério do menor preço, dever-se-ia ler critério do *melhor* preço.

Matheus Carvalho (2015, p. 435) explica que “a Administração é orientada a selecionar a proposta de **melhor preço que não pode ser confundido com o menor valor monetário**, pois, existem hipóteses em que pagar o valor mais elevado propiciará à Administração Pública vantagens maiores (**grifamos**).

É importante ressaltar que o critério do menor preço não obriga o comprador público a aceitar qualquer proposta, ainda que economicamente vantajosa. O critério do menor preço não é evitado de falhas, pois o problema está na confusão que o administrador faz durante a sua aplicação. Mais à frente será tratada detalhadamente esta visão equivocada das licitações do tipo menor preço.

Por oportuno, é pertinente lembrar que o art. 23, §§ 1º e 2º da Lei nº 8.666/93, cuida da possibilidade de que a licitação seja realizada por **menor preço por lote** e, tendo em vista que a lei é genérica ao prever este tipo de licitação, o Tribunal de Contas da União produziu o seguinte entendimento:

Na licitação por item, há a concentração de diferentes objetos num único procedimento licitatório, que podem representar, cada qual, certame distinto.

De certo modo, está-se realizando “diversas licitações” em um só processo, em que cada item, com características próprias, é julgado como se fosse uma licitação em separado, de forma independente.

Quando dividida a licitação em itens, tem-se tantos itens quantos o objeto permitir. Na compra de equipamentos de informática, por exemplo, a licitação pode ser partida nos seguintes itens: microcomputador, notebook, impressora a laser, impressora a jato de tinta; e na de material de expediente, caneta, lápis, borracha, régua, papel, cola, dentre outros.

Deve o objeto da licitação ser dividido em itens (etapas ou parcelas) de modo a ampliar a disputa entre os licitantes. Deve ficar comprovada a viabilidade técnica e econômica do feito, ter por objetivo o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e a preservação da economia de escala.

[...]

Licitação em lotes ou grupos, como se itens fossem, deve ser vista com cautela pelo agente público, porque pode afastar licitantes que não possam habilitar-se a fornecer a totalidade dos itens especificados nos lotes ou grupos, com prejuízo para a Administração.

Em princípio, essa divisão só se justifica quando o lote ou grupo for constituído de vários itens para um só local ou ambiente. Por exemplo: compra de moveis, em que todos os itens constantes do lote ou grupo, destinados a um determinado ambiente, devem ser adquiridos de uma só

empresa, de forma a manter idêntico estilo, modelo, design etc. (BRASIL, Tribunal de Contas da União, 2010).

Feitas estas ponderações a respeito do critério do menor preço, necessária para a discussão da problemática deste trabalho, passemos agora às modalidades de licitação.

2.4. MODALIDADES DE LICITAÇÃO

A modalidade de licitação diz respeito ao rito/procedimento que a Administração irá adotar para a execução do certame. Ao todo são seis modalidades de licitação: concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão e pregão. Cumpre salientar que a lei veda a criação de nova modalidade ou combinação de modalidades, salvo a criação de modalidade por lei federal.

Nos termos da Lei nº 8.666/93:

Art. 22. **São modalidades de licitação:**

I - concorrência;

II - tomada de preços;

III - convite;

IV - concurso;

V - leilão.

§ 1º **Concorrência** é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

§ 2º **Tomada de preços** é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

§ 3º **Convite** é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

§ 4º **Concurso** é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

§ 5º **Leilão** é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação (grifamos). (BRASIL, 1993).

O **pregão**, no entanto, possui lei própria – a Lei nº 10.520/2002 – e foi criado para “aquisição de bens e serviços comuns” (art. 1º). Entende-se por bens e serviços comuns “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado” (parágrafo único, art. 1º).

Em perfeita análise do contexto que surge esta última modalidade, Fernanda Marinella (2015, p. 1242) faz a seguinte consideração:

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 maior agilidade nas aquisições.

De modo geral, o que vem distinguir a escolha da modalidade é o valor da licitação ou, no caso do pregão, a natureza do objeto licitado. Desta forma, a concorrência, tomada de preços e convite se diferenciam, em regra, pelo valor e complexidade da licitação. Já o pregão é utilizado em razão da natureza do objeto, independentemente do valor da contratação, possuindo considerável maior celeridade comparado às demais modalidades.

O leilão, por sua vez, destina-se à venda de bens, e não para aquisição. Já a modalidade de concurso objetiva a contratação de trabalhos técnicos, artísticos ou científicos.

Recentemente foi criado, ainda, o Regime Diferenciado de Contratação (RDC), visando acelerar o tempo da contratação e o custo dos projetos. A princípio foi criado para as obras da Copa do Mundo de Futebol de 2014 e dos Jogos Olímpicos de 2016, porém hoje é permitido em outros casos definidos em lei⁷.

É mister registrar, de forma perfunctória, as fases da licitação, pois só assim poderemos vislumbrar o momento que ocorre a seleção da proposta mais

⁷ Vide Leis de nº 12.688/2012; 12.745/2012; 13.190/2015; e 13.243/2016.

vantajosa e a ingerência do critério do menor preço na licitação. Optou-se, aqui, explicar as fases do pregão e na sua forma eletrônica, visto que a modalidade pregão representa quase que a totalidade dos procedimentos licitatórios (BRASIL, Painel de Compras do Governo Federal, 2016) e sua forma eletrônica é prescrita como preferencial (art. 4º do Decreto nº 5.450/2005).

O pregão eletrônico é realizado via internet e a sessão, como nas demais modalidades, é pública. O órgão licitante e os competidores devem possuir uma estrutura mínima de informática, bem como o interessado que desejar acompanhar a sessão, o qual poderá fazê-lo via internet. Nas licitações dos órgãos federais integrantes do Sistema de Serviços Gerais (SISG), ou para os demais entes que celebrem termo de adesão, a sessão ocorrerá por meio do portal de compras do governo federal (www.comprasnet.gov.br).

Os procedimentos licitatórios são divididos em duas fases: fase interna e fase externa. A fase interna do pregão inicia-se com a elaboração de termo de referência pelo setor requisitante, donde constará a indicação do objeto de forma precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou sua realização.

É no termo de referência que a Administração consignará os critérios de aceitação do objeto, deveres do contratado e do contratante, procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato, prazo de execução e sanções, entre outras disposições pertinentes.

Finalizada a elaboração do termo, a autoridade competente aprovará e será apresentada a justificativa da necessidade da contratação para que, então, elabore-se o edital. Por outro lado, é no edital que a Administração estabelece critérios de aceitação das propostas, portanto, **é neste instrumento convocatório que se diz quais são os critérios para a seleção da proposta mais vantajosa àquele órgão**. No edital também constará a data e o horário para a realização do certame. Após, designar-se-á o pregoeiro responsável e sua equipe de apoio.

Quanto ao credenciamento no sistema eletrônico, os interessados devem previamente se credenciar – entende-se como interessados o pregoeiro e sua equipe de apoio, os licitantes que desejam participar do certame e a autoridade competente.

Encerrada a fase interna, passa-se à fase externa do pregão, a qual inicia-se com a publicação do aviso do edital, momento em que os interessados são convocados.

Nos termos do art. 4º, V, da Lei nº 10.520/2002, o intervalo mínimo entre a publicação do aviso e a realização da sessão é de oito dias úteis. Ressalte-se que até dois dias úteis antes da data fixada para a abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar o ato convocatório do pregão na forma eletrônica. Em casos de impugnação ou pedidos de esclarecimento, o pregoeiro terá vinte quatro horas para julgar a impugnação ou prestar as informações para esclarecimento.

Até a data e hora marcadas para a abertura da sessão, os interessados poderão encaminhar suas propostas. Com o início da sessão encerra-se automaticamente o prazo para encaminhamento de respostas e passa-se à fase de lances.

É importante destacar que todo licitante declara, eletronicamente, preencher os requisitos para a habilitação e, caso a declaração seja falsa, o licitante poderá sofrer as sanções previstas no próprio Decreto n. 5.450/2005, que regulamente o pregão na forma eletrônica.

Aberta a sessão, é analisada as propostas apresentadas e, se for o caso, desclassificadas as que não estejam em conformidade com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório.

Após a verificação da conformidade das propostas, os competidores que foram desclassificados poderão oferecer lances sucessivos, contanto que inferiores ao último por eles ofertado e registrado pelo sistema. Até esta fase, é vedada a identificação dos licitantes, porém estes são informados, em tempo real, do valor do menor lance registrado. Esta etapa de lances será encerrada por decisão do pregoeiro, após o aviso de iminência.

O sistema, então, classificará automaticamente as propostas, ao passo que o pregoeiro irá examinar a proposta de menor valor, verificando: (a) a compatibilidade do preço; (b) aceitabilidade da proposta; (c) aferirá se o licitante está habilitado. É neste momento, portanto, que o pregoeiro verifica se a proposta classificada provisoriamente em primeiro lugar é mais vantajosa para a Administração, observando o que dispõe o edital da licitação. Na aceitabilidade é considerando principalmente se a proposta está obedecendo os prazos de

fornecimento, as especificações técnicas e os parâmetros de desempenho e de qualidade.

Depois de julgada a proposta de menor preço e verificado se é a mais vantajosa para a Administração, dá-se início à fase de habilitação. Os requisitos exigidos para habilitação estão previstos em lei e no edital. Compreende a habilitação: verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira (Art. 4º, XIII, Lei nº 10.520/2002).

Vale ressaltar que se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, passa-se às ofertas subsequentes e à qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor (inciso XVI).

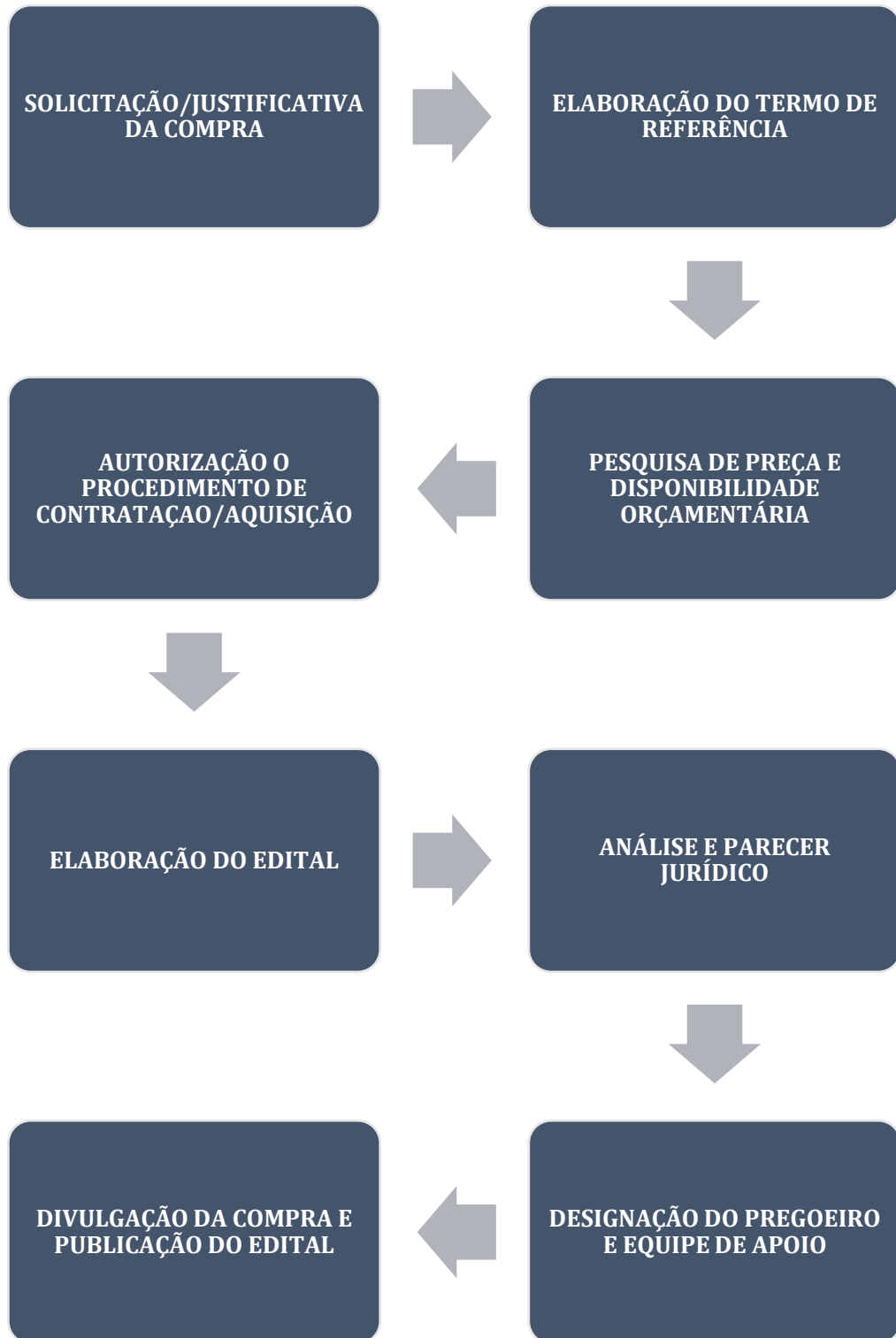
Enfim declarado o vencedor, qualquer licitante poderá durante a sessão pública, de forma imediata e motivada, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer, sob pena de decadência. O licitante que manifestar interesse terá três dias para apresentar as razões de recurso, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados para, querendo, apresentar contrarrazões em igual prazo.

Não havendo ou, havendo, já decidido os recursos, a autoridade competente adjudicará o objeto e em seguida homologará o certame. O Adjudicatário, então, será convocado para assinar o contrato.

Por conveniência e a fim de facilitar a compreensão das etapas do procedimento licitatório, foi elaborado a seguir dois fluxogramas sucintos, um para fase interna e outro para fase externa do pregão eletrônico, considerando, hipoteticamente, que não houve recursos e o processo seguiu com normalidade.

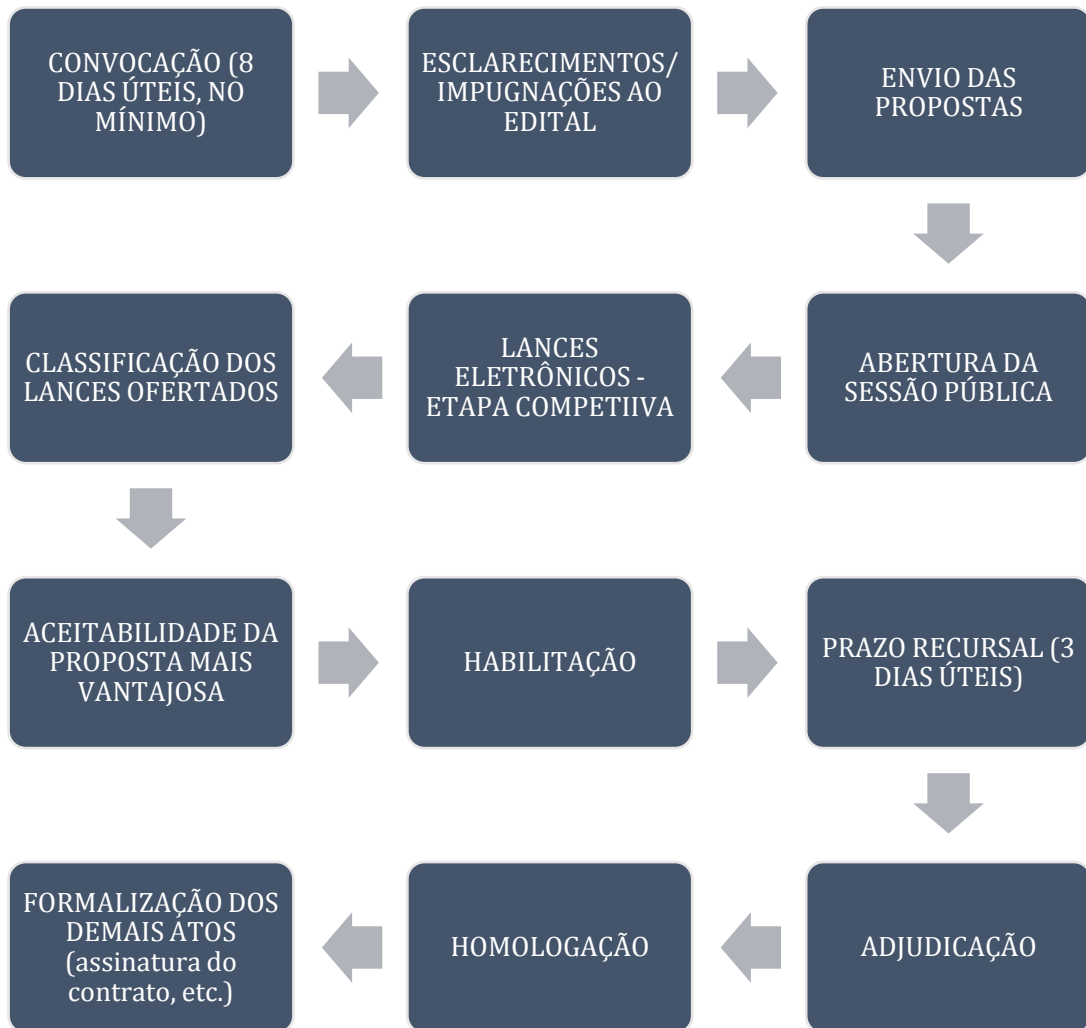
FLUXOGRAMA RESUMIDO DO PREGÃO ELETRÔNICO – FASE INTERNA⁸

⁸ Fluxograma desenvolvido pelo autor, em observância à Lei nº 8.666/93 e demais normas correlatas.



FLUXOGRAMA RESUMIDO DO PREGÃO ELETRÔNICO – FASE EXTERNA⁹

⁹ Fluxograma desenvolvido pelo autor, em observância à Lei nº 8.666/93 e demais normas correlatas.



2.5. FINALIDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

No que tange à finalidade do procedimento licitatório, a legislação é cristalina no sentido de que se destina a (1) garantir a observância do princípio constitucional da isonomia; (2) a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração; e (3) a promoção do desenvolvimento nacional sustentável¹⁰.

O **princípio constitucional da isonomia**, também chamado de princípio da igualdade (CARVALHO FILHO, 2015, p. 249) e já brevemente tratado neste trabalho, diz respeito ao tratamento isonômico que a Administração deve conceder aos participantes da licitação e aos demais interessados.

Di Pietro (2015) faz excelente observação quando lembra que a isonomia é mencionada duas vezes na Lei nº 8.666/93, como sendo um dos objetivos da licitação e como um dos princípios expressamente previstos.

Em que pese em alguns momentos a lei favorece determinadas pessoas, é importante lembrar os ensinamentos de Justen Filho, que pontua a vedação ao tratamento arbitrário:

Há equívoco em supor que a Administração Pública adote tratamento discriminatório entre os particulares que pretendem contratar com ela. Quando a Administração escolhe alguém para contratar, está efetivando uma diferenciação entre os interessados. Não se admite, porém, a discriminação arbitrária, produto de preferências pessoais e subjetivas do ocupante do cargo público. A licitação consiste em um instrumento jurídico para afastar a arbitrariedade na seleção do contratante. (2015, p. 498).

Em seguida, defende que:

A incidência do princípio da isonomia sobre a licitação desdobra-se em dois momentos. Em uma primeira fase, são fixados os critérios de diferenciação que a Administração Pública adotará para escolher o contratante. Em uma segunda fase, a Administração verificará quem, concretamente, preenche mais satisfatoriamente tais critérios. (2015, p. 499).

Desta maneira, conclui-se que a Administração deve buscar sempre a proposta mais vantajosa, porém, durante o procedimento licitatório, deve-se garantir a igualdade de condições entre os interessados, respeitando o direito de tratamento isonômico àqueles assegurado constitucionalmente.

¹⁰ Inteligência do art. 3º da Lei nº 8.666/93.

De nada adianta proceder uma licitação que alcance um resultado satisfatório para a Administração Pública se, durante este processo, não for respeitada o princípio da isonomia.

A partir de 2010, a Lei nº 12.349 passou a elencar a **promoção do desenvolvimento sustentável** como um dos objetivos da licitação, modificando o art. 3º da Lei nº 8.666/93. Doravante, a licitação não está mais destinada a buscar apenas vantagem econômica e garantir a isonomia entre os participantes, mas também a nutrir o desenvolvimento sustentável do país.

Neste ponto é importante fazer a ressalva de que, apesar de só a partir de 2010 a lei ter previsto expressamente a hipótese de uma licitação sustentável, a leitura atenta do artigo 225 da Constituição Federal já seria suficiente para o administrador público utilizar critérios sustentáveis no processo de escolha das propostas.

A Organização das Nações Unidas (ONU) compreende desenvolvimento nacional sustentável sob três enfoques: o econômico, o social e o ambiental¹¹. As compras públicas sustentáveis serão, portanto, as que consideram critérios ambientais, econômicos e sociais durante todas as etapas da contratação, tendo fundamental importância neste processo, já que estimulam não só os entes públicos, mas também os particulares, que terão de se adequar se quiserem ter êxito nas licitações sustentáveis.

Di Pietro eleva a promoção do desenvolvimento nacional sustentável à categoria de princípio correlato da licitação, chamando-o de princípio da licitação sustentável. Para a autora, o princípio da sustentabilidade da licitação “liga-se à ideia de que é possível, por meio do procedimento licitatório, incentivar a preservação do meio ambiente” (2015, p. 252).

Por fim, temos a **seleção da proposta mais vantajosa para a Administração**, finalidade primordial da licitação pública e tema central deste trabalho, a qual destinamos tópico especial.

2.5.1 Seleção da proposta mais vantajosa

¹¹ Declaração de Joanesburgo - Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável em Joanesburgo, na África do Sul, também conhecida como Rio+10 ou Cúpula da Terra II. Texto original acessível em: <<http://www.joburg.org.za/pdfs/johannesburgdeclaration.pdf>>. Acessado em março de 2016.

Já é patente que a seleção da proposta mais vantajosa é uma finalidade da licitação pública e que a vantagem aqui citada é aquela auferida pela Administração, nos termos do art. 3º da Lei nº 8.666/93.

Todavia, entendemos que, assim como a isonomia e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável são também tratados como princípios, a seleção da proposta mais vantajosa manifesta-se como verdadeiro princípio licitatório.

Ora, Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 53) nos diz que princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele. O que é a seleção da proposta mais vantajosa, senão um mandamento das licitações públicas, servindo de base para a escolha do comprador público.

Sendo assim, vantajosidade – ou simplesmente vantagem¹² – é conceito jurídico amplo, não obstante entendemos que só será considerada vantajosa para a Administração a proposta em que se observe, no mínimo, se esta:

a) é, se possível, a de **menor custo**: a proposta deverá ser, preferencialmente, a menos onerosa aos cofres públicos, sendo que o custo envolve não só a aquisição/contratação, mas também o da manutenção, treinamento, desfazimento do bem, etc.;

b) terá **eficácia**: no caso de contratação de serviços, a proposta deve possuir os requisitos mínimos de exequibilidade e, também nos casos de aquisição de material, atender a necessidade do órgão/setor requisitante, além de obedecer aos demais critérios exigidos no instrumento convocatório;

c) atende aos critérios de **qualidade**: no detalhamento da proposta deve ser verificado se atenderá os padrões mínimos de qualidade, seja na prestação de um serviço ou no fornecimento de um material;

d) promove o **desenvolvimento nacional sustentável**: as propostas que impulsionam o desenvolvimento nacional sustentável terão preferência sobre às demais.

¹² O termo vantajosidade é constantemente criticado, pois tal palavra ainda não foi dicionarizada. Não obstante, é de se destacar que os juristas continuam a usá-la, já que “vantagem” se demonstra insuficiente para toda extensão do que se busca definir. De qualquer forma, vantajosidade é “a qualidade de vantajoso que algo representa” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14ª ed. – São Paulo: Dialética, 2010. p. 65).

Logo, vantajosidade compreende um conjunto de elementos que deverão estar previstos no edital da licitação e observados pela Administração no momento da seleção da proposta, traduzindo-se numa verdadeira avaliação do custo-benefício de cada proposta, e não apenas no seu valor monetário.

Hely Lopes Meirelles (1983, p. 110) é enfático no sentido de dizer que a classificação das propostas se dá pelas vantagens que esta propicia à Administração:

A finalidade do julgamento, que deve ser feito com o máximo rigor técnico na apreciação das vantagens, **é apontar a proposta mais vantajosa para a Administração**, de acordo, é bom repetir, com o critério fixado no edital ou convite, adjudicando-se o objeto da licitação ao proponente vencedor. Ao mesmo tempo, classificam-se os licitantes pelas vantagens oferecidas em suas propostas, indicando-se o vencedor, e desclassificando-se aqueles cujas propostas não atendam às condições do edital, ou se apresentem manifestamente inexecutáveis, diante de seus próprios termos.

O resultado do julgamento constará de minucioso relatório ou do despacho adjudicatório, justificando-se a escolha da proposta mais vantajosa, principalmente quando não for a de menor preço, de modo a evidenciar os motivos da preferência e permitir o confronto com as cláusulas do edital e com as normas disciplinares da licitação (**grifo nosso**).

Justen Filho (2014, p. 497) nos diz 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”. Com a devida vênia, acreditamos que sua definição é incompleta, ao passo que se limita à elementos de valor monetário e eficiência.

Em que pese o professor prenda-se por diversas vezes ao caráter econômico da vantajosidade, foi feliz ao defender que a vantajosidade é oriunda do **princípio da República**, que impõe a todo governante o dever de realizar a melhor gestão possível, reconhecendo um direito fundamental à boa administração e à eficiente gestão dos recursos públicos (JUSTEN FILHO, 2010).

Resta consignar que, nos termos do art. 44, §2º da Lei nº 8.666/93, as vantagens contidas nas propostas serão apenas aquelas expressamente previstas no edital, *in verbis*:

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

[...]

§ 2º - **Não se considerará qualquer oferta de vantagem não prevista no edital ou no convite**, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido, nem preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes (**grifamos**). (BRASIL, 1993).

No entanto, Justen Filho (2010, p. 613) destaca que:

[...] a oferta de vantagens ou benefícios não previstos ou superiores aos determinados no ato convocatório não prejudica o licitante. Se o benefício não for de ordem a alterar o gênero do produto ou do serviço, nenhum efeito dele se extrairá. Porém, se a vantagem configurar, na verdade, outra espécie de bem ou serviço, deverá ocorrer a desclassificação da proposta – não pela ‘vantagem’ oferecida, mas por desconformidade com o objeto licitado.

3. CAPÍTULO III – A SELEÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA X O CRITÉRIO DO MENOR PREÇO

Feitas as considerações acerca das licitações públicas, em especial da seleção da proposta mais vantajosa e do critério do menor preço, em que foram colacionadas as visões dos principais administrativistas, inicia-se aqui o propósito deste trabalho, onde será melhor exposta a problemática e apresentada algumas possíveis soluções.

Inicialmente, é importante destacar que a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração é finalidade a ser alcançada por todo procedimento licitatório, independentemente da sua modalidade, e, como visto alhures, o critério do menor preço é o mais utilizado pelos entes estatais. Destarte, é comum a presença de ambos em praticamente todas as licitações públicas, sendo frequente o embate, o que torna necessária a presente discussão.

A primeira indagação a ser fazer é se, na prática das compras públicas, o critério do menor preço colabora para a seleção da proposta mais vantajosa. De fato, não há como se falar em vantagem para a Administração se não levarmos em conta o valor monetário da proposta. Como já fora explicado, a vantajosidade é uma relação, em regra, de menor custo para o Estado x prestação eficiente do serviço pelo particular (JUSTEN FILHO, 2014, p. 497).

Assim, a maneira mais racional de realizarmos a primeira classificação das propostas é pelo seu valor nominal. Ou seja, apesar de não ser fator absoluto na escolha, o critério do menor preço é sim a melhor forma de se selecionar a proposta vencedora, já que os recursos do Estado são escassos e por isso é preciso economizar e buscar sempre que possível a proposta menos onerosa.

O que acontece é que, conforme está sendo demonstrado ao longo deste trabalho, o administrador está se atendo exageradamente ao critério do menor preço e, por conseguinte, se afastando do fim principal da licitação, que é a escolha da melhor e mais vantajosa proposta. Logo, verifica-se que está ocorrendo um processo de desvirtuação do critério do menor preço, atribuindo-se uma qualidade de princípio absoluto das licitações do tipo menor preço.

Isto é verificado pelas aquisições de produtos de péssima qualidade, ineficiência na prestação de serviços, não aplicação dos benefícios legais concedidos às microempresas e empresas de pequeno porte (MPE), entre outros

benefícios, pouca utilização dos critérios sustentáveis, não promoção do desenvolvimento nacional sustentável, entre outros fatores, visando contratar a proposta de menor custo.

O Instituto de Engenharia de São Paulo há tempos defende que o critério do menor preço, sustentáculo da Lei de Geral das Licitações, está trazendo mais danos do que benefícios aos entes estatais, em especial à área da construção civil brasileira. O Presidente do Instituto, à época, afirma saber: "[...] de licitações nas quais a empresa vencedora apresentou preços até 50% inferiores aos da concorrência"

Segundo ele, muitas empresas compensam o baixo preço inicial com o emprego de técnicas e materiais inadequados, o que obriga os órgãos públicos a gastarem mais em manutenção ou, no pior dos casos, deixando a obra parada durante meses ou anos. Há casos em que empresas estariam tirando a diferença no preço da proposta à base de sonegação de impostos ou desrespeitando direitos trabalhistas.

Reafirma que "o critério do menor preço provou-se ineficiente e já está comprometendo a própria sobrevivência da expertise brasileira na área de engenharia" (LAFRAIA, 2005, p. 2).

O professor Jorge Ulysses Jacoby Fernandes, referência nacional em licitações públicas, no entanto, argumenta que:

Reiteradamente se tem propalado que a Lei de Licitações obriga a Administração a comprar produtos de baixa qualidade, face ter estabelecido a regra geral da aquisição pelo menor preço. Esse equívoco tem por causa três diferentes fatores, quais sejam a ausência de treinamento, o equívoco de que comprar pelo menor preço obriga a aceitar qualquer produto e a errada compreensão de decisões dos órgãos do controle. (FERNANDES, 2000, p. 1).

Diante do exposto, chega-se a duas conclusões: a uma, o critério do menor preço não pode ser abandonado, tendo em vista o princípio constitucional da economicidade e da indisponibilidade do interesse público; a duas, a interpretação equivocada deste critério e da legislação correlata vem viciando toda a lógica da licitação pública, que é a vantajosidade da proposta.

Mais além, é necessário compreender em qual momento ocorre a prevalência da proposta de menor custo e a inobservância dos demais critérios de

seleção, isto é, em qual etapa a Administração deixa de atender os critérios de vantajosidade.

Em verdade ocorre em dois momentos: o **primeiro**, ainda na fase interna, dá-se quando o responsável pela elaboração do edital e a autoridade que o assina deixam de expor os critérios que irão determinar qual será a proposta mais vantajosa para àquela Administração, alcançando aqui não só o valor da proposta, mas o complexo de vantagens que o interesse público persegue; o **segundo momento**, na fase externa, ocorre na classificação e aceitação das propostas, realizada pelo pregoeiro ou seu equivalente que deixa de observar os critérios de vantajosidade, senão o do menor preço.

É importante frisar que, independentemente da proposta contratada, a Administração Pública tem o dever de fiscalizar e exigir a prestação de serviços de qualidade e em conformidade com o objeto licitado, principalmente nos casos de obras e serviços de engenharia.

Havendo atrasos, utilização de materiais de baixa qualidade nas obras e/ou execução em desacordo com o projeto básico, o fiscal do contrato deve tomar as devidas providências a fim de sanar o problema, bem como aplicar as sanções, se necessário for.

As medidas que a Administração pode tomar para garantir a eficiência na execução do contrato são importantes ferramentas para exaurir a vantajosidade da proposta selecionada. Destarte, além da correta seleção da proposta, é necessário que se observe se, ao longo da prestação do serviço, as condições e características que justificaram a escolha daquela proposta subsistirão.

De toda forma, reuniu-se os principais critérios e/ou benefícios que vêm sendo desrespeitados à vista de se escolher a proposta de menor preço, abaixo revelados e elaborados partir da análise da legislação em vigor.

3.1. BENEFÍCIOS

Existem benefícios previstos no ordenamento licitatório que garantem tratamento diferenciado a certo grupo de pessoas, consistindo em verdadeiros privilégios durante a competição.

Contudo, não há que se falar em ofensa ao princípio da igualdade ou isonomia, visto que hoje predomina o entendimento da isonomia real, ou seja, tratamento igualitário aos iguais, e diferenciado aos desiguais.

Ademais, com o advento da Lei Complementar nº 147/2014, por exemplo, houve a inclusão do art. 5º - A, que prevê o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte (MPE), *in verbis*:

Art. 5º-A. As normas de licitações e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014). (BRASIL, 2014).

Portanto, a licitação subsiste como verdadeira ferramenta de política pública, a fim de promover o desenvolvimento nacional sustentável. Neste sentido, o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE), inclusive, faz a defesa da:

[...] aplicação do tratamento simplificado, diferenciado e favorecido nas aquisições públicas em favor dos pequenos negócios para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, de acordo com o previsto na Constituição Federal, na Lei Complementar 123/2006, 8.666/93, 10.520/2002 e outras legislações correlatas no âmbito de cada ente da federação¹³.

Assim, o critério do menor preço precisa se ater ao tratamento favorecido e aos benefícios legais, que, em muitos casos, importará na escolha de proposta superior a menor proposta possível. Logo, mais uma vez o princípio da vantajosidade se coloca à frente da economicidade. A seguir, serão expostos os principais benefícios que a lei prevê.

3.1.1. Micro e pequenas empresas (MPE)

Antes de elencarmos os benefícios concedidos às MPE, é importante registrarmos alguns dados e informações. Primeiramente, ressalte-se que microempresa é toda a sociedade empresária, sociedade simples, empresa

¹³ Fonte: Termo de Referências de Compras Governamentais Sebrae – 2012. Disponível em: <http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/PI/Anexos/Termo%20de%20Referencia_A_5_MapasBrasil%20%20FINAL.pdf>. Acessado em: março de 2016.

individual de responsabilidade limitada e o empresário individual que aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); enquanto empresa de pequeno porte é aquela que, em cada ano-calendário, tenha receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais)¹⁴.

Segundo pesquisa realizada pela Unidade de Políticas Públicas do SEBRAE Nacional, de 2004 a 2014 as MPE obtiveram um saldo de 84,9% de geração líquida de empregos, enquanto as médias e grandes empresas ficaram com um saldo de apenas 15,1% no mesmo período.

Aliás, as MPE representam 99% das empresas formalizadas, mais de 60% dos empregos formais do Brasil, porém os micro e pequenos empresários representam apenas 57% do total de 303.634 mil fornecedores cadastrados no Portal de Compras do Governo Federal, o Comprasnet.

Percebe-se, então, que ainda é insuficiente a participação dos pequenos negócios nas licitações públicas, de maneira que possa promover com eficiência o desenvolvimento nacional sustentável.

No que se refere à segurança jurídica do tratamento mais favorável às MPEs, além do artigo 5º - A da lei geral de licitações supracitado, a Lei Complementar nº 123/2006 aduz:

Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido **tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.**

Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal (**grifamos**). (BRASIL, 2006).

A fim de facilitar a aplicação dos benefícios concedidos às microempresas e às empresas de pequeno porte, a Secretaria de Gestão do Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG) divulgou o seguinte resumo:

¹⁴ Art. 3º da LC nº 123/2006

Licitação exclusiva: Passa a ser obrigatória a contratação de micro e pequenas empresas, para valores de até R\$ 80 mil reais. Esse valor deve ser aplicado a itens ou ao valor total do lote ou grupo, quando houver agrupamento. Base legal: art. 6º do Decreto nº 8.538/2015.

Subcontratação: Continua sendo um benefício de aplicação facultativa, mas que deverá ser utilizado somente para os casos de contratação de serviços e obras. Anteriormente, havia a limitação de 30% de subcontratação. Com a publicação do decreto, poderão ser utilizados percentuais maiores, desde que não haja a subcontratação total do objeto. Base legal: art. 7º e 9º do Decreto nº 8.538/2015.

Cota reservada: Passa a ser obrigatória sua aplicação, para bens de natureza divisível, no limite de até 25% do objeto licitado. Para licitações que tenham por finalidade o Sistema de Registro de Preço, a orientação é que os órgãos criem dois itens ao cadastrar a licitação: 1º) o da cota reservada (exclusivo para microempresas e empresas de pequeno porte); 2º) o destinado à ampla concorrência, em decorrência de o Sistema Comprasnet encontrar-se em fase de atualização. Base legal: art. 8º do Decreto nº 8.538/2015.

Dispensas por valor e inexigibilidades: A partir de agora, nas dispensas por valor – R\$ 15 mil para obras e serviço de engenharia, e R\$ 8 mil para compras e demais serviços – e nas inexigibilidades, os gestores públicos deverão dar preferência às micro e pequenas empresas nas contratações que se enquadrarem no limite de até R\$ 80 oitenta mil. Não há necessidade de fazer licitação, porém se a compra não for feita por micro ou pequena empresa, deverá haver justificativa. Base legal: incisos I e II do art. 24 e 25 da Lei nº 8.666/1993, inciso IV do art. 49 da LC nº 123/2006 e inciso III do art. 10 do Decreto nº 8.538/2015.

Prioridade de contratação de MPE sediada local ou regionalmente: Poderá, desde de que justificado, ser dada prioridade de até 10% do melhor preço válido para contratação de micro e pequena empresa sediada local ou regionalmente, objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional. Essa prioridade é um desempate entre as microempresas sediadas local ou regionalmente e as demais microempresas e empresas de pequeno porte. Não se trata de possibilidade de contratação com sobrepreço, mas sim de empate ficto, que é a possibilidade dada ao fornecedor de enviar nova proposta para cobrir a melhor proposta válida. Esse benefício se aplica somente a três possibilidades: licitação exclusiva, subcontratação e cota reservada. Base legal: art. 48 da LC nº 123/2006 e inciso II do art. 9º do Decreto nº 8.538/2015.

Aplicação dos benefícios em licitações feitas por menor preço global: Para efeito da licitação exclusiva, quando da formação de grupo ou lote, o valor a ser observado para concessão dos benefícios é o total estimado do somatório de todos os itens do lote ou grupo de até R\$ 80 mil, e não o de cada item isolado dentro de um grupo. Base legal: inciso I do art. 9º do Decreto nº 8.538/2015.

Aplicação do decreto nas licitações feitas com recursos provenientes de transferências voluntárias da União: As contratações de bens, serviços e obras realizadas com recursos provenientes de transferências voluntárias da União devem contemplar todos os benefícios para micro e pequenas empresas descritos acima. Base legal: art. 12 do Decreto nº 8.538/2015 (**grifamos**). (MPOG, 2016).

Destarte, a lei determina que a aplicação dos benefícios para as MPE é obrigatória e, quando não sendo – nos casos em que é facultativa, quando a lei utiliza o termo “poderá” –, a Administração deve justificar a não aplicação. Hoje, portanto, é obrigação do comprador público conceder o tratamento diferenciado às MPE.

Em que pese os benefícios supracitados não digam que é permitido comprar por preço superior a menor proposta apresentada, é evidente que a restrição à competição importa na elevação dos preços das propostas. Em uma licitação que participe grandes, médias e pequenas empresas, por consequência lógica, apresentará menores preços a uma licitação que concorra somente MPEs.

Desta maneira fica demonstrado que o legislador não pensa apenas na economicidade das compras públicas, mas também no papel político-econômico-social que as licitações possuem. Logo, torna-se mais vantajoso para a Administração comprar dos pequenos negócios e desenvolver a economia local, ainda que, hipoteticamente, por preço superior.

A reflexão que devemos fazer é se, na prática, os critérios vêm sendo obedecidos e, além disso, se os agentes públicos que atuam nas compras estão conscientes do novo papel das compras públicas, ou se ainda estão se restringindo à escolha da proposta de menor valor.

Os dados do Painel de Compras do Governo Federal demonstram que no ano de 2015 as compras da União corresponderam a um gasto de mais de R\$ 45 bi (quarenta e cinco bilhões), dos quais aproximadamente R\$ 7 bi foi com micro e pequenas empresas¹⁵. Considerando que as MPE representam 99% das empresas formais no Brasil, mas apenas 15,5% das empresas que contratam com a União, fica evidente que a aplicação do tratamento favorecido ainda não é efetiva e unânime nos setores de compras.

¹⁵ Fonte: Painel de Compras do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Disponível em: <painelcompras.planejamento.gov.br>. Acessado em: 05 de fevereiro de 2016.

3.1.2. Outros benefícios

Sabe-se que para promover o desenvolvimento nacional sustentável a melhor das medidas, para muitos economistas, é a aquisição de produtos manufaturados e serviços nacionais. As compras governamentais de produtos nacionais fomentam a produção e a competitividade das empresas brasileiras, e uma dessas ferramentas é a utilização da margem de preferência nas licitações públicas.

O Plano Brasil Maior, instituído pelo Governo Federal em 2010, busca estimular a competitividade da indústria nacional, que vem, aos poucos, ganhando mercado frente às empresas estrangeiras. Neste íterim, promulgou-se a Lei nº 12.349/2010, que incluiu as margens de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais nas compras públicas.

As margens de preferências, que são definidas por meio de Decreto Presidencial, classificam-se por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços, normal e adicional, sendo que a soma delas não pode ultrapassar o montante de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o preço dos produtos estrangeiros.

A margem de preferência normal, que é o diferencial de preços entre os produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais e os produtos manufaturados estrangeiros e serviços estrangeiros, será calculada em termos percentuais em relação à proposta melhor classificada para produtos manufaturados estrangeiros ou serviços estrangeiros.

Para melhor elucidação, elaborou-se a seguinte situação hipotética. Em um pregão do tipo menor preço, para aquisição de determinado produto manufaturado, em que será aplicada a margem de preferência no percentual de 20% para o produto nacional, empresa “A” apresentou proposta de produto nacional pelo preço de R\$ 34.000,00 (trinta e quatro mil reais), enquanto empresa “B” apresentou de produto estrangeiro, pelo valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Aplicando-se a margem de preferência sairá como vencedora a empresa “A”, que apresentou a proposta de produto nacional, ainda que de valor superior a menor proposta recebida pela Administração.

Diante do exposto, vislumbra-se que o critério do menor preço não é absoluto, ao contrário do que ficou impregnado por anos nas compras públicas, e,

logo, deve se adequar ao princípio da vantajosidade e da promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Apesar da importância e efetividade que a aplicação da margem de preferência possui, seu uso ainda é pequeno. Conforme os dados registrados no Painel de Compras do Governo Federal, apenas 1,7% das compras de 2015 da União utilizaram a margem de preferência.

A função social das compras governamentais de promover o desenvolvimento nacional alcança, ainda, os pequenos agricultores familiares, como percebe-se no Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE).

O PNAE, além de contribuir para a alimentação de milhares de alunos em escolas públicas e proporcionar uma dieta equilibrada e saudável, estimula a produção e o comércio rural local, através das chamadas públicas.

Ocorre que a Lei nº 12.512, de 14 de outubro de 2011, que institui o Programa de Apoio à Conservação Ambiental e o Programa de Fomento às Atividades Produtivas Rurais, estabelece que, na pesquisa de preço realizada pela Administração, os produtos agroecológicos ou orgânicos poderão ter um acréscimo de até 30% (trinta por cento) em relação aos preços estabelecidos para produtos convencionais. Na letra da lei:

Art. 17. Fica o Poder Executivo federal, estadual, municipal e do Distrito Federal autorizado a adquirir alimentos produzidos pelos beneficiários descritos no art. 16¹⁶, dispensando-se o procedimento licitatório, obedecidas, cumulativamente, as seguintes exigências:

I - os preços sejam compatíveis com os vigentes no mercado, em âmbito local ou regional, aferidos e definidos segundo metodologia instituída pelo Grupo Gestor do PAA¹⁷; e

II - seja respeitado o valor máximo anual ou semestral para aquisições de alimentos, por unidade familiar, cooperativa ou por demais organizações formais da agricultura familiar, conforme definido em regulamento.

Parágrafo único. **Produtos agroecológicos ou orgânicos poderão ter um acréscimo de até 30% (trinta por cento) em relação aos preços estabelecidos para produtos convencionais**, observadas as condições definidas pelo Grupo Gestor do PAA (**grifamos**). (BRASIL, 2011).

¹⁶ “Art. 16 - Podem fornecer produtos ao Programa de Aquisição de Alimentos - PAA, de que trata o art. 19 da Lei nº 10.696, de 2 de julho de 2003, os agricultores familiares e os demais beneficiários que se enquadrem nas disposições da Lei no 11.326, de 24 de julho de 2006”.

¹⁷ PAA – Programa de Aquisição de Alimentos.

Considerando que na chamada pública não há uma disputa de preço, os preços dos produtos a serem adquiridos pela administração serão aqueles definidos na própria pesquisa e a classificação se dará da seguinte forma:

- I. os fornecedores locais do município;
- II. os assentamentos de reforma agrária, as comunidades tradicionais indígenas e as comunidades quilombolas;
- III. os fornecedores de gêneros alimentícios certificados como orgânicos ou agroecológicos;
- IV. os Grupos Formais/ Grupos Informais/ Fornecedores Individuais; e
- V. Organizações com maior porcentagem de agricultores familiares. (Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae). Agricultura Familiar: um bom negócio para o desenvolvimento local. Edição para gestores públicos. – Brasília: Sebrae, 2014)

Desta forma, os produtos agroecológicos ou orgânicos poderão ser adquiridos, eventualmente, por preço superior aos produtos não agroecológicos ou orgânicos, considerando as vantagens que aqueles oferecem à Administração.

Logo, fica evidenciado que a legislação correlata, neste caso, não observa a regra geral do critério do menor preço nas licitações públicas para aquisição de materiais. Na chamada pública apenas se verifica o preço comum praticado no mercado, sem buscar, contudo, diminuí-lo durante o procedimento.

3.2. EFICIÊNCIA, QUALIDADE DO PRODUTO E EXATA IDENTIDADE DO OBJETO

Vantajosidade, como afirmou-se anteriormente, é um sistema complexo e que deve compreender todas as exigências que a lei faz, não se tratando de uma escolha pautada em critérios pessoais do comprador sobre o que se configura vantagem para a administração.

Assim, dentre a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, os benefícios das MPEs, margem de preferência para os produtos e serviços nacionais, e outras peculiaridades que o comprador público deve observar, é cediço que o produto ou serviço a ser adquirido precisa ser eficiente e de qualidade, bem como deve ser selecionada a proposta que atenda integralmente a solicitação do setor requisitante.

As licitações que utilizam o critério do menor preço podem levar o servidor desatento à contratação de produtos e serviços de baixa qualidade, que não

produzam a eficiência que deles se esperam. Há uma ideologia impregnada no setor público de que quanto mais barato o serviço ou a aquisição, mais vantajoso para o órgão público, levando o servidor responsável pelas compras a aplicar o critério do menor preço isoladamente.

Uma das causas que levam estes compradores a selecionarem reiteradamente a proposta de menor valor é o receio constante de “comprar errado”, trazendo prejuízos aos cofres públicos e, conseqüentemente, sofrerem uma punição. De fato, as punições dos tribunais de contas têm sido severas em alguns casos. Em vista disto, há uma concepção errada de que selecionando a proposta mais barata o servidor estaria isento de responsabilidade.

Da mesma maneira, a pressa em se concluir a licitação – muitas vezes por pressão do superior hierárquico – também pode afetar o processo de escolha. O administrador público pode pensar que escolhendo a proposta mais barata está agilizando o processo, porém um erro durante a licitação pode trazer prejuízos bem mais sérios do que a demora em se concluir o certame, podendo até gerar a nulidade do processo.

Assim, é preciso registrar que a utilização simplória do critério do menor preço – neste momento, visto por sua concepção de menor valor nominal – pode, com grandes chances, resultar na seleção de empresas descomprometidas com a prestação de um serviço eficiente e na aquisição de produtos que não atendam os padrões mínimos de qualidade, e, como é dito no popular, o “barato sairá caro”.

Outra falha que a aplicação isolada e errada do critério do menor preço causa na seleção a proposta mais vantajosa se dá quando o objeto que adquiriu é diverso daquele que se pretendia adquirir.

Na fase interna do procedimento licitatório, o setor requisitante é responsável por elaborar o Projeto Básico ou o Termo de Referência, onde será detalhado e descrito minuciosamente o objeto da aquisição. Devido à especificidade do material, bem como em razão das variedades de materiais que a Administração utiliza nos exercícios de sua função, muitas vezes o pregoeiro – no caso dos pregões, ou seu equivalente – não tem sequer conhecimento do que se trata o bem ou qual é sua utilização.

Diante destas circunstâncias é que os compradores públicos são meros executores do procedimento licitatório, possuindo o conhecimento necessário para a

realização da licitação (as “regras do jogo”), mas não do objeto que se pretende adquirir.

No caso concreto e diante da infinidade de produtos que existem, é necessário que, além dos critérios de qualidade, de entrega do produto, etc, haja a exata identidade do objeto ofertado com o que foi requisitado (art. 45, §1º, I da Lei nº 8.666/93). Legitimamente, quem possui a plena capacidade identificar se a proposta versa sobre o mesmo objeto descrito no Projeto Básico ou Termo de Referência é quem o solicita. Entretanto, são poucos os casos em que o setor requisitante é consultado durante a fase de aceitabilidade da proposta.

Na prática, os pregoeiros e/ou a comissão de licitação fazem uma análise superficial da proposta de menor valor e, caso esta obedeça aos demais critérios, aceitam-na como condizente com a demanda proposta pelo requisitante. Prevalece aqui uma presunção de que o objeto apresentado na proposta é o mesmo que o solicitado e que a respectiva proposta é a mais vantajosa, considerando que é a de menor preço.

Em verdade, no ato de entrega provisória do produto é possível que a Administração Pública, verificada a inconformidade com o termo de referência, rejeite-o. No entanto, nesta hipótese já haveria configurado certo prejuízo à Administração, visto que demorará mais tempo para que o setor requisitante possa receber e passe a utilizar o objeto que se pretende adquirir.

Apesar de nesses casos supracitados ser menor sua influência, mais uma vez a visão fechada do critério do menor preço prejudica a qualidade e efetividade das compras governamentais. Não há o que se falar em vantajosidade em uma proposta econômica para a administração, mas que não atenda integralmente a necessidade do setor licitante, o que, por sua vez, macula todo o procedimento licitatório.

De qualquer forma, a adoção do critério do menor preço por si só não é causa suficiente para a contratação de serviços e produtos de baixa qualidade ou que não atendam a finalidade do respectivo procedimento licitatório. Nas lições de Jacoby (2000) – que, inclusive, já citamos no capítulo anterior –, existem outras razões para a problemática, as quais à frente veremos de forma mais detalhada, no momento em que apresentaremos possíveis soluções.

3.3. LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS E ACESSIBILIDADE

As licitações sustentáveis, aquelas em que há a inclusão de critérios de sustentabilidade ambiental, são ferramentas fundamentais para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, citado na lei geral de licitações.

Contudo, questiona-se se os produtos sustentáveis são, de fato, mais vantajosos para a AP, já que se alega que tais produtos são consideravelmente mais caros e, portanto, afastariam o princípio da economicidade.

O Ministério do Meio Ambiente do Governo Federal, em contrapartida, alega que:

A decisão de se realizar uma licitação sustentável não implica, necessariamente, em maiores gastos de recursos financeiros. Isso porque nem sempre a proposta vantajosa é a de menor preço e também porque deve-se considerar no processo de aquisição de bens e contratações de serviços dentre outros aspectos os seguintes:

a) Custos ao longo de todo o ciclo de vida: É essencial ter em conta os custos de um produto ou serviço ao longo de toda a sua vida útil – preço de compra, custos de utilização e manutenção, custos de eliminação.

b) Eficiência: as compras e licitações sustentáveis permitem satisfazer as necessidades da administração pública mediante a utilização mais eficiente dos recursos e com menor impacto socioambiental.

c) Compras compartilhadas: por meio da criação de centrais de compras é possível utilizar-se produtos inovadores e ambientalmente adequados sem aumentar-se os gastos públicos.

d) Redução de impactos ambientais e problemas de saúde: grande parte dos problemas ambientais e de saúde a nível local é influenciada pela qualidade dos produtos consumidos e dos serviços que são prestados.

e) Desenvolvimento e Inovação: o consumo de produtos mais sustentáveis pelo poder público pode estimular os mercados e fornecedores a desenvolverem abordagens inovadoras e a aumentarem a competitividade da indústria nacional e local (**grifamos**). (BRASIL, 2016).

No ano de 2012 foi editado o Decreto nº 7.746 com o objetivo de regulamentar a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, momento em que se estabeleceu as seguintes diretrizes de sustentabilidade:

Art. 4 - São diretrizes de sustentabilidade, entre outras:

I – menor impacto sobre recursos naturais como flora, fauna, ar, solo e água;

II – preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local;

- III – maior eficiência na utilização de recursos naturais como água e energia;
- IV – maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local;
- V – maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra;
- VI – uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais; e
- VII – origem ambientalmente regular dos recursos naturais utilizados nos bens, serviços e obras. (BRASIL, 2012).

Por conseguinte, a legislação e demais normas infralegais tornam evidente que a promoção do desenvolvimento nacional sustentável vincula a Administração à adoção de critérios e práticas de sustentabilidade. Desta forma, o poder público passa a influenciar o mercado a também adotar práticas sustentáveis e a modificar o método de trabalho das empresas, para que estas mantenham a competitividade e aceitabilidade de suas propostas nas licitações verdes..

Inclusive, o Tribunal de Contas da União (TCU) já vem orientando os órgãos nesse sentido, conforme se extrai do Acórdão nº 5804/2013 – TCU – 2ª Câmara:

1.7 Recomendação:

1.7.1. ao Órgão que adote critérios de sustentabilidade na aquisição de bens, materiais de tecnologia da informação, bem como na contratação de obras e serviços, conforme disposto na Decisão Normativa/TCU n. 108/2010, na Instrução Normativa n. 1/2010 e na Portaria n. 2/2010, ambas da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. (BRASIL, 2013).

Nas licitações sustentáveis o critério do menor preço tem plena aplicabilidade, desde que se observe os demais critérios, em especial os de sustentabilidade. No entanto, é preciso haver a conscientização dos agentes públicos de que uma aquisição, a priori, mais cara, pode sair, em um contexto geral, mais barata para a Administração e, destarte, mais vantajosa. Somente após essa conscientização e capacitação dos compradores públicos é que o critério do menor preço passará a ser interpretado de forma correta, perdendo seu caráter imediatista.

Diante disto, na licitação em concreto, ainda que a aquisição de determinado produto sustentável fosse mais cara, os custos de uso e de manutenção, até mesmo o de descarte, poderão ser menores que os custos dos produtos não sustentáveis. Assim, além de não haver o que se falar em prejuízo à

economicidade, constatar-se-ia, ainda, a “vantajosidade ambiental” (DA COSTA, 2011, p. 25).

O Painel de Compras do Governo Federal informa que apenas 0,85% das compras de 2015 da União são de itens sustentáveis, ou seja, apesar da importância que as licitações sustentáveis possuem, mais uma vez se constata que o uso de uma ferramenta tão importante para o desenvolvimento nacional sustentável ainda é pequeno.

Assim como a sustentabilidade é fator primordial na escolha da proposta vencedora, as questões relacionadas à acessibilidade também devem ser observadas, principalmente nas licitações de obras públicas.

A Carta Magna de 1988 e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, bem como o recente Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015), são cristalinos no sentido de que as obras públicas devem primar por garantir a acessibilidade das pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida.

É nesse sentido que o, à época, Senador da República Pedro Taques apresentou o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 554 de 2013, que visa dar eficiência e determinar expressamente aos compradores públicos que os projetos de obras e serviços a serem contratados pela administração pública deverão se ater às questões de acessibilidade para pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida.

Ementa do PLS nº 554/2013:

Altera o inciso II do art. 12 da Lei nº 8.666, de 1993, que “Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências”, dispondo que nos projetos básicos e projetos executivos de obras e serviços serão considerados principalmente os seguintes requisitos: funcionalidade e adequação ao interesse público, com especial atenção, quando for o caso, às condições de acessibilidade para pessoas com deficiência física ou com mobilidade reduzida.

Apesar de até a presente data o PLS não sido virado lei, as normas constitucionais e infraconstitucionais já são suficientes para que corroborar a seleção de proposta que obedeça aos critérios de acessibilidade. Aliás, o parágrafo único do art. 66-A da Lei nº 8.666/93 já aduz que “Cabe à administração fiscalizar o

cumprimento dos requisitos de acessibilidade nos serviços e nos ambientes de trabalho” (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015).

De todo modo, vale consignar que a inclusão dos critérios sustentáveis e de acessibilidade deve ser devidamente justificada nos autos do processo, a fim de proteger o caráter competitivo do certame e garantir a isonomia e a lisura do processo.

3.4. COMO PROCEDER: MEDIDAS QUE PODEM CONTRIBUIR PARA A CORRETA APLICAÇÃO DO CRITÉRIO DO MENOR PREÇO

De que forma então o servidor, seja ele pregoeiro, membro da equipe de apoio, autoridade competente ou o responsável pela elaboração do edital ou carta-convite, enfim, deve proceder, tendo em vista a complexidade da matéria e a sua responsabilidade na condução do certame?

De modo geral, é preciso extinguir a visão fechada e ultrapassada que os compradores públicos possuem de que o critério de menor preço visa contratar a proposta de menor valor monetário. A partir daí, é preciso entender que a escolha de proposta que, eventualmente, não seja a mais barata, porém a mais vantajosa para a Administração, é disciplinada pelo ordenamento jurídico e fundamenta legalmente a escolha do agente público – desde que os critérios de escolha estejam previstos no instrumento convocatório.

A seguir apontaremos algumas medidas que visam garantir a seleção da proposta mais vantajosa nas licitações do tipo menor preço, considerando os benefícios que relativizam o tratamento igualitários, bem como a aplicação das margens de preferências, os critérios de sustentabilidade, a qualidade da aquisição, a eficiência na prestação dos serviços, entre outros pontos.

A principal providência que a AP precisa passar a adotar é estabelecer todos os critérios para a definição vantajosidade que se pretende adquirir já no instrumento convocatório. A relação de custo x benefício que a licitação visa alcançar deve estar expressamente prevista no edital, pois o julgamento das propostas é realizado de forma objetiva. Em suma, a Administração só pode exigir do participante aquilo que ele já tinha conhecimento prévio.

O servidor ou a comissão responsável por elaborar o edital precisa ter conhecimento técnico sobre as normas licitatórias e estar em constante processo de

renovação deste conhecimento. É preciso verificar se o objeto que pretende adquirir consta na lista dos materiais que possuem margem de preferência; se o vulto da contratação prevê algum benefício às MPEs; se é possível estabelecer critérios de sustentabilidade para aceitação da proposta; entre outras demais condições exigidas para verificação da vantajosidade da proposta.

Previstos no edital ou na carta-convite os critérios que irão pautar a seleção da proposta mais vantajosa, não há no que se falar em ilegalidade na escolha do agente público, pelo contrário, o vício se encontra nas licitações que não visam promover o desenvolvimento nacional sustentável ou que deixam de aplicar os benefícios de caráter obrigatório.

Outra medida que, se adotada, pode contribuir para a qualidade das licitações públicas se dá através dos pareceres jurídicos. Sabe-se que toda licitação é precedida de um parecer jurídico que analisa o edital do certame, antes deste ser divulgado (art. 38, Lei nº 8.666/93). Apesar de não possuir caráter vinculativo, mas apenas opinativo, os pareceres são a base para a aprovação do edital pela autoridade competente.

Nestas condições, a procuradoria de cada órgão tem capacidade suficiente para induzir os compradores públicos a observarem os demais aspectos o princípio da vantajosidade abrange.

Durante a seleção da proposta também é preciso que o servidor responsável se atenha à vantajosidade que cada proposta oferece. Por mais que o julgamento seja objetivo e que o campo de discricionariedade seja pequeno, de nada vale um edital bem elaborado se no momento da escolha o agente público se restringe ao caráter pecuniário das propostas e deixa de aplicar, por exemplo, os benefícios das MPEs.

Além disto, é necessário que se realize uma apropriada classificação das propostas, principalmente no caso do pregão eletrônico, que por vezes o pregoeiro fica refém da classificação automática feita pelo sistema. A classificação é o ponto chave que define a proposta vencedora, sendo que cada licitação corresponde a critérios específicos e recebe propostas diferentes, configurando a classificação em um ato relativamente complexo.

Portanto, deve ser dada especial atenção a esta fase pelo servidor responsável e por sua equipe. A classificação deve ser realizada na visão do melhor

preço, tratada neste trabalho. Outrossim, a celeridade que se exige das licitações não pode interferir na correta apreciação e classificação das propostas.

Quanto à classificação das propostas nos pregões eletrônicos, em que pese o sistema seja excepcional, há certa limitação na atuação do pregoeiro para classificá-las, já que a classificação se restringe ao lance ofertado pelo participante. Outrossim, alguns recentes benefícios concedidos às MPEs ainda não foram incorporados ao sistema. Neste ponto, o MPOG, através de sua Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, tem capacidade e competência para melhorar o sistema.

Adiante, a exigência de amostras para a classificação definitiva da proposta que se encontre provisoriamente em primeiro lugar é ferramenta fundamental para se verificar a compatibilidade do objeto ofertado com o descrito no Termo de Referência ou Projeto Básico. Conseqüentemente, a classificação da proposta em primeiro lugar, em face de ter apresentado o menor preço, não é suficiente para que a Administração contrate com este fornecedor.

Não obstante, é importante ressaltar que a exigência de amostra só é cabível em casos excepcionais, quando a análise formal da proposta não é satisfatória para sua aceitabilidade.

A capacitação dos servidores também é de extrema importância para a qualidade e eficiência das licitações, aqui representada pela seleção da proposta mais vantajosa. Inclusive, Jacoby (2010, p. 2) ao tratar da errada compreensão do critério do menor preço traz a seguinte solução:

Essa crítica, como muitas outras, poderia ser resolvida com o simples treinamento dos servidores responsáveis pela aplicação desse diploma legal.

De fato, não se pode conceber que sejam encarregados de dar cumprimento a uma legislação complexa servidores sem prévio conhecimento do assunto, normalmente já sobrecarregados de tarefas múltiplas. Nesse sentido merecem destaque decisões dos Tribunais de Contas que vêm determinando o treinamento dos servidores da Administração quando evidente o erro, sem má-fé, por simples desconhecimento das normas em vigor.

Um bom treinamento é o que capacita juristas ou não a explorarem a potencialidade da norma, rumo à eficácia da Administração.

Outra alternativa seria a criação da carreira de uma carreira específica para compradores públicos. Hoje, os servidores que desempenham tal função

muitas vezes não recebem treinamento ou, quando recebem, é insuficiente para prepará-los.

Aliás, é comum que os técnicos administrativos que respondem pelas comissões de licitações não fiquem por tanto tempo no setor, devido à rotatividade dos cargos e destas funções, em especial aqueles cargos com baixa remuneração, o que prejudica o avanço das compras governamentais.

A criação do cargo de comprador público ou de pregoeiro¹⁸ permitiria uma capacitação permanente do servidor, bem como uma remuneração adequada à responsabilidade da função.

A despeito de nos concursos públicos para provimento das carreiras administrativas cair a disciplina de licitações, esta matéria não é e nem pode ser aprofundada nas provas. Porém, caso existisse a carreira de comprador público, seria possível cobrar mais incisivamente a disciplina e, por consequência, o ingresso na carreira seria de pessoas melhores conhecedoras da norma legal.

No outro lado da moeda, como alternativa, a capacitação das empresas e de seus fornecedores mostra-se como uma possibilidade na difusão do conhecimento e do novo paradigma das licitações. Os beneficiários das novas regras de licitação precisam ter ciência de seus direitos para poder exigí-los.

Por fim e como última proposta, consideramos que se houvesse uma premiação ou o simples reconhecimento dos órgãos que, neste período inicial de quebra de paradigma, aplicassem corretamente os benefícios das MPEs, margem de preferência e os critérios de sustentabilidade e de acessibilidade, por exemplo, tal medida incentivaria os demais órgãos a também fazê-lo. Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 60) “De nada valeriam boas leis e excelentes conceitos, se não tivéssemos homens capazes de fazer justiça”.

¹⁸ No caso do cargo de pregoeiro, já existe uma pressão nesse sentido, tanto para criação do cargo como para, alternativamente, a criação de função gratificada.

CONCLUSÃO

Diante de todas as considerações expostas, constatou-se que o critério utilizado como padrão para o julgamento das propostas é o de menor preço e que a visão fechada e retrógada desta regra vem prejudicando a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Verificou-se, ainda, que permanece um paradigma estabelecido e impregnado nas compras governamentais de que o critério do menor preço obriga a Administração a contratar com a proposta mais barata (Jacoby, 2010).

No entanto, foi esclarecido, à luz da legislação e da doutrina, que o menor preço não impõe à aceitação de qualquer proposta, pois o próprio inciso que define este tipo de licitação estabelece que “será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço” (art. 45, § 1º, I, Lei nº 8.666/93). Menor preço, aqui, deve ser vislumbrado de forma ampla, uma verdadeira ponderação entre os benefícios que a proposta oferece e o custo da contratação.

Aliás, o critério do menor preço é apenas um dos parâmetros que atuam na seleção das propostas. Portanto, o erro se encontra na forma em que os

compradores públicos vem aplicando este critério, e não na suposta existência de uma antinomia ou incongruência normativa.

Neste aspecto, reafirmamos que a seleção da proposta mais vantajosa nas licitações do tipo menor preço é um processo de avaliação da vantajosidade de cada preço e da respectiva proposta. Vantajosidade, desse modo, consiste em um conjunto de benefícios, predefinidos no edital ou na carta-convite, que a proposta oferece à Administração Pública, dentre eles, o seu próprio custo monetário.

Vimos que a lei prevê uma série de situações que relativizam a aplicação do critério do menor preço, como no caso dos benefícios das MPEs, das margens de preferência dos produtos e serviços nacionais, entre outras situações.

Destarte, conclui-se que nas licitações do tipo menor preço é possível selecionar a proposta nominalmente mais cara que a proposta de menor preço recebida, caso se constate que é aquela é a mais vantajosa para a Administração, sem, contudo, desobedecer a legislação vigente.

Em outras palavras, os princípios da vantajosidade e da economicidade podem caminhar juntos e harmonicamente nas compras governamentais. Logo, o agente público que atue nas licitações deve primar por não apenas contratar o produto ou serviço mais barato, mas sim o que satisfaça todos os requisitos igualmente impostas pela lei, a fim de atender corretamente o interesse público.

Por fim, adverte-se que este trabalho não traz novidades àqueles que há tempos atuam nos setores de compras e licitações de seus órgãos. Porém, é imprescindível rever os elementos que constituem o conceito de vantagem para a Administração. A discussão do tema, portanto, tem o condão de contribuir para uma nova abordagem do critério do menor preço em face da atual política de compras governamentais, para que, assim, eleve-se a qualidade das contratações e as licitações passem a cumprir seu papel social.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 30ª edição, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acessado em fevereiro de 2016.

_____. *Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm>. Acessado em fevereiro de 2016.

_____. **Decreto nº 7.746, de 5 de junho de 2012.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7746.htm>. Acessado em fevereiro de 2016.

_____. **Decreto nº 8.538, de 6 de outubro de 2015.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8538.htm>. Acessado em fevereiro de 2016.

_____. **Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acessado em fevereiro de 2016.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acessado em fevereiro de 2016.

_____. **Lei nº 9784, de 29 de janeiro de 1999.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acessado em fevereiro de 2016.

_____. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm>. Acessado em fevereiro de 2016.

_____. **Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12349.htm>. Acessado em fevereiro de 2016.

_____. **Lei nº 12.512, de 14 de outubro de 2011.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12512.htm>. Acessado em fevereiro de 2016.

_____. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acessado em fevereiro de 2016.

_____. **Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm>. Acessado em fevereiro de 2016.

_____. **Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp147.htm>. Acessado em fevereiro de 2016.

_____. Ministério do Meio Ambiente. **Licitação Sustentável.** Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/a3p/eixos-tematicos/licita%C3%A7%C3%A3o-sustent%C3%A1vel>>. Acessado em 04/03/2016.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Painel de Compras do Governo Federal.** Disponível em: <<http://painelcompras.planejamento.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Panel%20de%20Compras.qvw&host=Local&anonymous=true>>. Acessado em janeiro de 2016.

_____. **15/01/2016 - Entra em vigor decreto que simplifica a participação de microempresas em compras públicas.** Disponível em: <<http://www.comprasgovernamentais.gov.br/noticias/entra-em-vigor-decreto-que-simplifica-a-participacao-de-microempresas-em-compras-publicas>>. Acessado em março de 2016.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 554 de 2013.** Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115913>>. Acessado em março de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Súmula nº 346.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acessado em fevereiro de 2016.

_____. **Súmula nº 473**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500>. Acessado em fevereiro de 2016.

_____. **Súmula Vinculante nº 13**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1227>>. Acessado em fevereiro de 2016.

_____. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão nº 5804/2013 – TCU – 2ª Câmara**. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/consultas/juris/docs/judoc/relac/20130930/rl_0026_34_13_2_mbc.doc>. Acessado em março de 2016.

_____. **Licitações e Contratos: orientações e jurisprudência do TCU**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo** – 2ª. ed. rev. amp. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 28ª Edição, 2015.

CÚPULA MUNDIAL SOBRE O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. **Declaração de Joanesburgo - Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável em Joanesburgo**, na África do Sul, também conhecida como Rio+10 ou Cúpula da Terra II. Texto original acessível em: <<http://www.joburg.org.za/pdfs/johannesburgdeclaration.pdf>>. Acessado em março de 2016.

DA COSTA, Carlos Eduardo Lustosa. **As Licitações Sustentáveis na ótica do Controle Externo**. Orientador: Romilson Rodrigues Pereira. Brasília/DF: 2011. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/267986955_AS_LICITACOES_SUSTENTAVEIS_NA_OTICA_DO_CONTROLE_EXTERNO>. Acessado em janeiro de 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo** – 27. ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel; **Instituições de Direito Processual Civil, vol. 1**. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **A qualidade na Lei de Licitações**: Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 38, 1 jan. 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/429>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

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

_____. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: editora, 10ª edição, 2014.

LAFRAIA, Eduardo. Presidente do Instituto de Engenharia, **Eduardo Lafraia, afirma que Lei 8.666 estimula serviços de má qualidade**. Entrevistador: Alberto Mawakdiye, São Paulo. Disponível em: <<http://construcaomercado.pini.com.br/negocios-incorporacao-construcao/53/artigo283289-1.aspx>>. Acessado em março de 2016.

MAFRA., Francisco. **História do Direito Administrativo: idéias para um debate**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, VIII, n. 20, fev 2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=918k>. Acesso em jan 2016.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

_____. **Licitação e contrato administrativo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 5ª edição, 1983.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae). **Agricultura Familiar: um bom negócio para o desenvolvimento local**. Edição para gestores públicos. – Brasília: Sebrae, 2014.

_____. **Cartilha do Comprador: os novos paradigmas da administração pública**. Disponível em: <<https://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/micro-e-pequenas-empresas/cartilha-do-comprador-19out2014.pdf>>. Acesso em: 11 de janeiro de 2016.