

UNIVERSIDADE CESUMAR - UNICESUMAR
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**A ANÁLISE DO CRITÉRIO DE JULGAMENTO POR MENOR PREÇO SOB A
ÓTICA DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA PÚBLICA EM PROCESSOS
LICITATÓRIOS INSTRUMENTALIZADOS PELA MODALIDADE PREGÃO**

Gabriel Ends de Farias

CURITIBA – PR
2023

Gabriel Ends de Farias

**A ANÁLISE DO CRITÉRIO DE JULGAMENTO POR MENOR PREÇO SOB A
ÓTICA DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA PÚBLICA EM PROCESSOS
LICITATÓRIOS INSTRUMENTALIZADOS PELA MODALIDADE PREGÃO**

Artigo apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Cesumar – UNICESUMAR como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação da Prof. Dra. Fernanda Mara Gibran Bauer.

CURITIBA – PR

2023

Gabriel Ends de Farias

**A ANÁLISE DO CRITÉRIO DE JULGAMENTO POR MENOR PREÇO SOB A
ÓTICA DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA PÚBLICA EM PROCESSOS
LICITATÓRIOS INSTRUMENTALIZADOS PELA MODALIDADE PREGÃO**

Artigo apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Cesumar – UNICESUMAR como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação da Prof. Dra. Fernanda Mara Gibran Bauer.

Aprovado em: 27 de novembro de 2023.

BANCA EXAMINADORA

Orientador (a): Prof. Dra. Fernanda Mara Gibran Bauer (UNICESUMAR)

Examinador (a): Prof. Dr. Parcelli Dionizio Moreira (UNICESUMAR)

Examinador (a): Prof. Me. Rodrigo Thomazinho Comar (UNICESUMAR)

A ANÁLISE DO CRITÉRIO DE JULGAMENTO POR MENOR PREÇO SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA PÚBLICA EM PROCESSOS LICITATÓRIOS INSTRUMENTALIZADOS PELA MODALIDADE PREGÃO

Gabriel Ends de Farias

RESUMO

O objetivo deste artigo é analisar a eficácia do critério de julgamento por menor preço, utilizado em processos licitatórios instrumentalizados, principalmente, pela modalidade pregão, levando em consideração a efetivação dos princípios da administração pública, trazidos pelo art. 37 da Constituição Federal, em sua forma mais pragmática. Desta forma, o estudo tem como enfoque a análise das previsões legais quanto ao critério de julgamento por menor preço e o arcabouço de aplicação do pregão. Ainda, busca realizar o apontamento quanto as diferenças trazidas pela Nova Lei de Licitações, em face das previsões anteriormente consolidadas pela Lei nº 8.666/93 e Lei nº 10.520/21. Para isto, a metodologia utilizada será a descritiva, cujo enfoque parte da análise constitucional, passa-se pela verificação das normas infraconstitucionais, as Leis nº. 8.666/93, 10.520/02 e 14.133/21, e perquire-se, por fim, pela pesquisa bibliográfica. Os principais resultados suscitados por este estudo tangenciam o pressuposto de que existem óbices, das mais diversas vertentes, relacionadas a operacionalização das licitações instrumentalizadas pelo critério de julgamento por menor preço, quanto à efetivação dos princípios da administração pública. Por ser concebido como uma modalidade licitatória voltada à redução de custos e otimização procedimental, por vezes, os agentes envolvidos na contratação, limitam-se a considerar fatores econômicos, desconsiderando outros elementos pertinentes ao objeto, de modo a perpetuar a aquisição de bens com baixa qualidade, que não atendam a real necessidade da administração pública.

Palavras-chave: Administração Pública. Princípio da Eficiência. Licitações. Menor Preço. Pregão.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. LICITAÇÕES PÚBLICAS: ASPECTOS GERAIS E HISTÓRICOS	2
1.1 CONCEITO, OBJETIVOS E PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS LICITAÇÕES .	2
1.2 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA PÚBLICA	9
1.3 ORIGEM E INOVAÇÕES DA MODALIDADE PREGÃO	10
2. PROCEDIMENTOS FORMAIS E O CRITÉRIO DE JULGAMENTO POR MENOR PREÇO COMO INSTRUMENTO DE SELEÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA NOS PREGÕES	11
2.1 HIPÓTESES DE UTILIZAÇÃO E FASES DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO NA MODALIDADE PREGÃO	11
2.2 DEFINIÇÃO DE CRITÉRIO DE JULGAMENTO E APLICABILIDADE DESTES POR MENOR PREÇO NOS PREGÕES	16
3. AS BARREIRAS DO MENOR PREÇO COMO INSTRUMENTO DE EFICIÊNCIA E FORMAS DE MITIGAÇÃO PARA OCORRÊNCIA DO FORNECIMENTO DE OBJETOS QUE NÃO ATENDAM A SUA INTEGRAL FINALIDADE	18
3.1 OS ÓBICES DO MENOR PREÇO COMO MEIO DE SATISFAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA PÚBLICA E SUA INFLUÊNCIA NA QUALIDADE DOS OBJETOS LICITADOS.....	18
3.2 FORMAS DE MITIGAÇÃO: ADEQUADA DELIMITAÇÃO DO OBJETO DA CONTRATAÇÃO	22
3.3 FISCALIZAÇÃO QUANTO AO OBJETO CONTRATUAL.....	23
3.4 CAPACITAÇÃO DOS AGENTES ENVOLVIDOS NO PROCESSO DE LICITAÇÃO	23
CONSIDERAÇÕES FINAIS	24
REFERÊNCIAS	26

INTRODUÇÃO

A incumbência da administração pública em arrecadar e gerenciar os recursos públicos é uma tarefa nada simples. A utilização consciente e eficiente dos recursos oriundos da arrecadação estatal, além de atender aos interesses da coletividade, deve ater-se às formalidades previstas nos diplomas legais. Neste enquadramento, a licitação constitui uma obrigatoriedade da administração pública para contratar obras, serviços, compras e alienações, nos termos do art. 37 da Constituição Federal.

Nas seções do presente artigo, buscar-se-á, através da metodologia de pesquisa bibliográfica, transcorrer sobre aspectos históricos relacionados aos cenários de transição da administração pública, bem como, levantar as hipóteses e peculiaridades da aplicação do critério de julgamento por menor preço em licitações instrumentalizadas pelo pregão.

Em prosseguimento, por meio da interpolação dos fatores históricos aos contidos nos diplomas legais vigentes, levantar-se-ão os óbices da aplicação do critério de julgamento por menor preço nos processos licitatórios, em especial, ao pregão, cuja concepção deu-se, principalmente, com o intuito de reduzir custos e otimizar procedimentos. Por fim, serão arguidas formas de evitar a contratação de objetos de baixa qualidade, mediante a capacitação do corpo de servidores, adequada delimitação do artefato licitado e fiscalização dos termos pactuados entre administração pública e particular.

Para tanto, analisar a eficiência das contratações públicas significa averiguar a capacidade do Estado em gerir e aplicar o montante pecuniário a ele conferido, e, possivelmente evitar que gastos adicionais sejam dispendidos a fim de atender a necessidade inicial. Ademais, pela gênese de sua criação, o critério de julgamento por menor preço tende a ser operado como ferramenta útil a seleção da proposta mais módica. Todavia, é vital que os objetos licitados sejam, adequadamente, satisfatórios às demandas dos órgãos contratantes, não apenas ao critério econômico, mas também aos aspectos de qualidade, garantia, ciclo de vida, etc.

É neste escopo, com o intuito de aprimorar os processos licitatórios e promover a eficiência na gestão pública, que a análise do critério de julgamento por menor preço torna-se crucial. Este artigo se propõe a investigar detalhadamente, a aplicação desse critério sob a perspectiva do princípio da eficiência pública, especialmente no contexto

dos processos licitatórios instrumentalizados pela modalidade pregão, permeando conceitos oriundos da transição entre a administração pública burocrática e gerencial.

O tênue equilíbrio entre a busca pela economicidade e a necessidade de garantir a qualidade e a efetividade dos bens e serviços contratados destaca-se como um campo de estudo essencial para o fortalecimento das práticas administrativas. Ao examinar a influência entre o critério de menor preço e a eficiência pública, visa-se construir uma reflexão crítica sobre as escolhas metodológicas nas licitações, promovendo a busca de uma administração pública mais eficiente e alinhada aos interesses da sociedade, propiciando o gasto racional e sustentável dos recursos públicos.

1. LICITAÇÕES PÚBLICAS: ASPECTOS GERAIS E HISTÓRICOS

1.1 CONCEITO, OBJETIVOS E PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS LICITAÇÕES

A dicotomia entre a administração pública burocrática clássica, o qual, segundo alguns autores, já encontra-se superada, e o atual modelo gerencial, é a gênese do presente estudo em razão das consequências da transição entre estas matrizes, que permeiam os conteúdos levados em consideração, principalmente na análise de conceitos de eficiência, licitações e funcionalismo público de maneira geral.

Portanto, é precípuo destacar os conceitos e principais defensores destes modelos surgidos ao longo da trajetória da gestão pública. A administração burocrática clássica, também conhecida popularmente como weberiana, teve origem no século XIX e foi pautada nos princípios da administração do exército prussiano (PEREIRA, 1996, p. 58).

Ressalta-se que a administração pública burocrática surgiu no contexto da sedimentação do Estado Liberal, enfocada no combate a corrupção e nepotismo consolidado pela administração patrimonialista, que perpetuou as monarquias absolutas, e confundiu os patrimônios público e privado. Esta restara incompatível desde a persecução da distinção entre Estado e sociedade civil, pregada pelo capitalismo industrial e as democracias parlamentares surgidas no século XIX (PEREIRA, 1996).

Para Weber (1982, p. 264), “burocracia é o meio de transformar uma “ação comunitária” em “ação societária” racionalmente ordenada. Portanto, como instrumento de “socialização” das relações de poder, a burocracia foi e é um instrumento de poder de primeira ordem — para quem controla o aparato burocrático”.

Ainda como forma de definição, o autor estabelece que a burocracia funciona de forma específica e o princípio fundamental deste modelo é a definição de áreas de jurisdição fixas e oficiais, organizadas de acordo com regulamentos, ou seja, leis e normas administrativas. As atividades regulares necessárias para atingir os objetivos da estrutura burocrática são atribuídas como deveres oficiais, distribuídos de maneira preestabelecida. A autoridade para emitir ordens relacionadas à execução desses deveres é estável e estritamente delimitada por normas que especificam os meios de coerção disponíveis, como físicos, sacerdotais, ou outros, que podem ser empregados pelos funcionários ou autoridades (WEBER, 1982, p. 229).

Apesar de ter sido adotada por tratar-se de método manifestamente superior ao patrimonialista, a administração burocrática buscou assentar-se, principalmente sob o pressuposto da eficiência, entretanto, este não revelou-se concreto (PEREIRA, 1996).

Para o jurista Eurico Bitencourt Neto (2017, p. 219):

A clássica concepção de que a Administração, titular da prossecução do interesse público, legitima suas atuações pela simples invocação desta condição já não basta. Faz-se necessário perscrutar a adequação de suas escolhas e a eficiência dos métodos de gestão aplicados.

[...]

A crise do modelo de Administração prestadora simbolizado pelo chamado Estado Providência levou à incorporação, pelo setor público, de preocupações antes próprias apenas do setor privado, como racionalização dos orçamentos, eficiência na alocação de recursos, controles de resultados, foco no “cliente”.

Em paridade de conceituações, o Ministro Luiz Bresser-Pereira (1996, p. 58), estabelece que com a transição do pequeno Estado liberal do século XIX para o extenso Estado social e econômico do século XX, ficou evidente que a administração burocrática não assegurava rapidez, qualidade ou custos acessíveis nos serviços públicos. De fato, a burocracia administrativa é caracterizada por sua lentidão, custos elevados, auto-referência e falta de orientação para atender às demandas dos cidadãos.

Aplicando este contexto ao cenário administrativo público e ao objeto de estudo deste artigo, pode-se depreender que, a burocracia pregada por Weber tem predominância do aspecto legalista, do qual, a máquina estatal, na busca de seguir os aspectos normativos, torna-se eficaz e eficiente. Por óbvio que este modelo de gestão da máquina pública não é o mais adequado frente as transformações sociais e econômicas ocorridas pós II Guerra Mundial, em que surge a necessidade de um Estado mais flexível e descentralizado no tocante aos seus campos de atuação. (PEREIRA, 1996, p. 59).

No Brasil, a administração pública burocrática surge a partir de 1930, no contexto de fomento da industrialização, no qual o Estado assume o protagonismo, intervindo incisivamente no setor produtivo de bens e serviços (CAMPELO, 2013, p. 309).

É neste contexto de oposição a burocracia weberiana que surge a necessidade da criação de uma administração pública gerencial. O teor desta, motivado principalmente pela corrente filosófica do utilitarismo e bem-estar social, promovido pelo *Welfare State*, tem por objetivo sanar os problemas de crescimento e diferenciação de estruturas e complexidade crescente a serem diligenciados pelo Estado, além da própria legitimação da burocracia perante as demandas da cidadania (PEREIRA, 1996).

Como complemento, Bitencourt Neto (2017, p. 220), expõe que o cerne desse propósito reside na reformulação dos métodos de gestão pública, mediante um processo de privatizações e a adoção de instrumentos de gestão privada. Isso inclui a ampliação das autonomias de gestão, a submissão de serviços públicos à lógica de competição, a criação de entes reguladores, a implementação de mecanismos de controle de resultados, o gerenciamento intensivo das políticas públicas e a busca pela transformação de uma cultura formalista e burocratizante em uma cultura marcada pela flexibilidade e inovação.

A partir deste viés, começam a ser desenhados os esboços do gerencialismo no poder público. Para Pereira (1996, p. 59), este conceito abrange diversas dimensões: a descentralização política, que implica a transferência de recursos e responsabilidades para níveis políticos regionais e locais; a descentralização administrativa, caracterizada pela delegação de autoridade aos administradores públicos, transformando-os em gestores cada vez mais autônomos; a adoção de organizações com poucos níveis hierárquicos, em contraste com a estrutura piramidal

convencional; a premissa da confiança limitada em vez da desconfiança total; a implementação de um controle baseado em resultados, avaliado retrospectivamente, substituindo o controle rígido e passo a passo dos processos administrativos; e, por fim, uma abordagem de administração direcionada para o atendimento ao cidadão, em vez de ser auto-referida.

Concomitantemente ao surgimento do Estado do bem-estar social, deve-se atrelar as concepções do utilitarismo de Jeremy Bentham. À vista disso, para a abordagem da presente matéria, deverá estabelecer-se o entrelaçamento do bem-estar a partir do princípio utilitarista pregado por Bentham.

No contexto brasileiro, já se podia falar em gerencialismo a partir da realização da Reforma Administrativa no Regime Militar, instituída pelo Decreto-Lei nº. 200/67, cujo objetivo específico fora descentralizar a administração pública, promovendo a criação de entes estatais, e descentralizando o poder central. Entretanto, somente com a Reforma do Estado, promovida a partir de 1995, no Governo de Fernando Henrique Cardoso, é que efetivamente, inicia-se a adoção de paradigmas de gestão gerencial (CAMPELO, 2013, p. 316-318).

A criação do Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE), com a nomeação do Ministro José Carlos Bresser Pereira, foi um marco importante para a difusão das ideias da administração gerencial. O Plano de Reestruturação e Melhoria da Gestão do MARE (BRASIL, 1997, p. 19-20) destaca a importância de priorizar programas e ações que visem aumentar a eficiência do gasto público, pela redução de desperdícios, ajustes nas estruturas organizacionais e melhoria na qualidade e produtividade dos serviços públicos.

Além disso, propõe o desenvolvimento de iniciativas para promover a transparência das atividades institucionais, permitindo o controle do desempenho dos órgãos públicos pelos cidadãos. Também enfatiza a necessidade de fornecer instrumentos ao Estado para aprimorar o desempenho de seus servidores, por meio de uma política integrada de recursos humanos focada no fortalecimento da capacidade gerencial do setor público.

Adicionalmente, destaca a importância de formular, divulgar e incentivar ações que promovam o aperfeiçoamento organizacional e institucional do Estado, alinhadas aos princípios da nova administração pública. Por fim, ressalta a necessidade de estabelecer políticas, diretrizes e normas para a gestão dos recursos logísticos,

visando a modernização do aparelho do Estado e aprimoramento do atendimento ao cidadão.

Já com relação ao esboço do atual procedimento licitatório, este teve sua origem na Idade Média, e foi instituído pelos Estados Medievais da Europa, mediante um sistema chamado de “Vela e Prego”. Neste formato, os organizadores acendiam uma vela, e, enquanto esta permanecia queimando, os interessados poderiam ofertar seus serviços. Ao findar da queima, a obra era assegurada ao indivíduo que ofertara o melhor serviço pelo menor preço (MEIRELLES; BURLE FILHO, 2016, p. 310).

Por essência, a forma de adquirir materiais ou contratar serviços era muito análoga ao que se tem hoje, principalmente no contexto administrativo aplicável ao Brasil. Assim sendo, tem-se o conceito de licitação, pelo qual, o Estado, interessado em contratar obras, serviços, compras ou alienações, por meio de formas distintas utilizadas de acordo com o objeto a ser adquirido, forma vínculo com particulares e estipula obrigações recíprocas, de maneira a satisfazer seus interesses e necessidades, da forma mais benéfica possível, atendendo aos princípios regentes da atividade da administração pública (PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, 2023).

Neste sentido, corrobora a ideia do doutrinador Justen Filho (2023, p. 253) que a licitação é processo administrativo que visa fomentar a concorrência entre aqueles interessados em estabelecer contratos com a Administração Pública. Regulamentado por legislação e por ato administrativo anterior conhecido como edital, esse procedimento estabelece critérios objetivos para a seleção da proposta mais vantajosa.

Ainda, em propósito similar, Celso Antônio Bandeira de Mello preceitua:

Licitação - em suma síntese - é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir (2014, p. 536).

No Brasil, o procedimento licitatório encontra-se insculpido no art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, que prevê a obrigatoriedade da administração pública em contratar seus objetos de interesse por intermédio da licitação, de forma a garantir

a igualdade de condições a todos os interessados, bem como resguardar os princípios previstos no caput¹.

Além das disposições trazidas pela Carta Magna, o Brasil atualmente dispõe de duas legislações gerais que tratam do tema licitações: a Lei nº. 8.666/93 e a Lei nº. 14.133/21. Ambos os dispositivos trazem em seu teor, os princípios e objetivos a serem alcançados no contexto dos processos licitatórios. Neste viés, a Lei nº. 8.666, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, nos traz:

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.

Não obstante, a Lei nº. 14.133/21, que institui a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, também preconiza:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável [...]

Em síntese aos dispositivos normativos, resta claro que os atos da Administração Pública devem estar subordinados e alinhados aos princípios do Direito Administrativo, e, em especial, aos constitucionais. Destacam-se no presente estudo, os princípios da legalidade ou supremacia da lei, que no âmbito da administração pública deve ser destacado (MENDES; BRANCO, 2017, p. 885), eficiência, interesse público e seleção da proposta mais vantajosa para a administração.

¹ Neste caso, veja-se: Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Todavia, vale ressaltar, que os princípios constitucionais podem ser dotados de abrangência diferenciada de acordo com o sujeito subordinado. Por óbvio que os atos administrativos oriundos da máquina pública, devem estar subordinados aos diplomas normativos, e, conseqüentemente, a força inelutável destes. Não diferentemente agem os princípios. As condutas praticadas pelos agentes administrativos devem estar de acordo com as determinações das leis, sob pena de estarem incorrendo na prática de abuso de poder. Em escopo distinto estão os particulares, que estão hábeis a realizar tudo que a lei não lhes proíbe (BULOS, 2023, p. 539).

Portanto, depreende-se que os princípios instituem padrões comportamentais que funcionam como direcionadores da tríade de poderes constitucionais (BULOS, 2023, p. 539).

Contudo, apesar de serem utilizados como balizadores dos atos administrativos, é preciso que estes princípios sejam materializados por instrumentos legais, a fim de que, pragmaticamente, defendam os aspectos de sua gênese.

É neste contexto que se torna imperiosa a necessidade de analisar o princípio da eficiência nas contratações públicas. Por tratarem-se de objetos de observância obrigatória por parte dos entes federados, as licitações, que serão efetivadas a partir de recursos públicos, e em razão disto são de interesse coletivo, devem estar revestidas do manto da eficiência, presente em todas as fases do certame licitatório.

Nesta linha de pensamento, Marçal Justen Filho contribui:

O princípio jurídico, considerado de modo abstrato, não fornece a solução para a controvérsia do caso concreto. Os princípios exteriorizam valores essenciais e devem necessariamente influenciar a decisão. É indispensável avaliar a realidade e ponderar os diversos princípios, dando-lhes concretude e conteúdo específico. A indeterminação dos princípios constitucionais cria o risco de decisão defeituosa, em que o aplicador invoca um princípio para justificar uma escolha fundada em subjetivismo e arbitrariedade (2023, p. 66).

Neste escopo, que os axiomas dos princípios da eficiência, do interesse público e da seleção da proposta mais vantajosa para a administração, que, não somente, mas também estão diretamente ligados ao retorno útil do processo licitatório, não devem ser atendidos por requisitos e qualificações limitadas somente ao menor dispêndio financeiro, uma vez que, se assim for, não estarão cumprindo sua integralidade quanto a sua razão de existir.

1.2 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA PÚBLICA

Explicitamente trazida pelo marco da Emenda Constitucional nº. 19, que estabeleceu a Reforma Administrativa no contexto brasileiro, a eficiência pública foi de fato materializada por um princípio somente no ano de 1998. Em que pese a anterior previsão deste princípio no dispositivo normativo pátrio ser implícita, e em razão disto trazê-lo de forma destacada representa um avanço, ao mesmo passo não deixa de reforçar uma obviedade. Os atos da administração pública, em sua integralidade, devem almejar relutantemente serem eficientes. Não meramente trata-se de uma recomendação, mas sim um alerta, advertência e imposição do poder constituinte (MENDES; BRANCO, 2017, p. 901).

Mendes e Branco (2017, p. 902) ainda evidenciam que, após o advento do princípio da eficiência, o funcionalismo público passou a escusar-se não somente pelos meios empregados, mas também pelo resultado a ser alcançado.

Contudo, há, principalmente nos contornos econômicos, dificuldade quanto ao consenso de eficiência (JUSTEN FILHO, 2023, p. 75). O conceito deste princípio pode ser exacerbadamente genérico e amplo, dificultando a adequada interpretação do mesmo, por parte dos agentes públicos.

Em uma linha de raciocínio análoga, Uadi Lammêgo Bulos expõe que “pelo princípio da eficiência busca-se a presteza, o rendimento funcional, a responsabilidade no cumprimento de deveres impostos a todo e qualquer agente público” (2023, p. 542).

Ainda, para Justen Filho, tem-se o conceito de eficiência:

Em termos simplistas, a eficiência pode ser considerada como a utilização mais produtiva de recursos econômicos, de modo a produzir os melhores resultados. Veda-se o desperdício ou a má utilização dos recursos destinados à satisfação de necessidades coletivas. É necessário obter o máximo de resultados com a menor quantidade possível de desembolsos (2023, p. 75).

De tal forma, pode-se depreender que, a eficiência pública encontra-se intimamente relacionada ao aspecto financeiro, mas não somente a este. No contexto público, por ser responsável pela gerência dos recursos provenientes da arrecadação custeada por particulares, o Estado tem a árdua missão de planejar, operar e fiscalizar seus gastos.

Em uma linha simplória dos estágios da despesa, o planejamento, por óbvio, deve ser o primeiro, e deve ser feito de acordo com a real demanda a ser executada pelo órgão. Note-se que, neste, a preocupação quanto a dotação orçamentária deve ser secundária, razão pela qual, se tratando de eficiência, há uma ampliação no tocante as áreas de importância.

Em suma, o Estado deve ser eficiente no aspecto econômico, tal como deve ser em seus outros nichos de responsabilidade, bem como a eficiência não deve ser reduzida somente a termos pecuniários. Razão disto, é a necessidade de que, dentre as funções administrativas, os agentes não somente pautem e cumpram suas ações pelos meios legais, mas que, além disso, trabalhem nos mais variados contextos na busca do resultado pretendido (MENDES; BRANCO, 2017, p. 901).

Em contrapartida, surge a dificuldade estatal em mensurar o cumprimento do princípio da eficiência, uma vez que este ponto de vista parte de premissas abstratas à realidade dos agentes. Por consequência, faz-se necessário que o poder público instaure mecanismos capazes de medir o desempenho da aplicabilidade, a partir de índices pré-estabelecidos, no intuito que o princípio da eficiência não se restrinja ao conceito estabelecido por Sundfeld (2014, p.184): “Esses princípios têm a mesma circulação e o mesmo valor dos provérbios: sabedoria popular, singela, sedutora, transmitida por tradição, difícil de contestar.”

1.3 ORIGEM E INOVAÇÕES DA MODALIDADE PREGÃO

A origem da nova modalidade de licitação, denominada de pregão, surge a partir do intuito da União em reduzir os custos operacionais gerados pelas modalidades de licitações até então vigentes, bem como melhor atender os princípios constitucionais, e deu-se a partir de um programa denominado de “Avança Brasil” (2000-2003).

Tal como preceitua Santana (2009, p. 56):

Sempre fizemos questão de não deixar cair no esquecimento que a adoção do pregão na Administração Pública brasileira integra um conjunto de medidas que visam o aperfeiçoamento das aquisições governamentais. De fato, constou do Plano Plurianual 2000/2003 (apelidado de Avança Brasil; vide a Lei 9.989, de 21 de julho de 2000), em programa específico, uma determinação para se buscar a Redução de custos na aquisição de bens, obras e serviços.

Este projeto foi instituído durante o governo do então presidente Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) e estabeleceu-se por meio de ações e medidas de caráter econômico, político e social. Dentre um dos vieses econômicos, surge o desejo de tornar os processos licitatórios para aquisição de bens e serviços, mais céleres. Neste contexto, nasce o ideal embrionário do pregão, tal como pode extrair-se da análise ao trecho do Objetivo nº. 4 do documento que consolidou a proposta de governo “Avança Brasil”, cuja pretensão é “reduzir os custos e melhorar a qualidade das compras e contratações de serviços, mediante a revisão da Lei de Licitações, para o incremento da competição entre os fornecedores e maior transparência nas licitações” (CARDOSO, 2008, p. 142).

Embora possua aplicação subsidiária a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, o pregão foi instituído pela Lei nº. 10.520, de 17 de julho de 2002, e, em virtude da sua data de instituição, restou de forma descentralizada aos conteúdos tratados naquela, passando a legislação a vigorar com a premissa principal a seguir: “Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei”.

Em resumo, o pregão ergue-se, não somente como ferramenta para redução de custos, mas como uma forma mais ágil e menos burocrática para proporcionar a aquisição de bens e serviços comuns, de forma menos onerosa em termos financeiros e operacionais para a administração pública, ao realizar-se a inversão do processo previsto na Lei nº. 8.666/93 em face das demais modalidades.

2. PROCEDIMENTOS FORMAIS E O CRITÉRIO DE JULGAMENTO POR MENOR PREÇO COMO INSTRUMENTO DE SELEÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA NOS PREGÕES

2.1 HIPÓTESES DE UTILIZAÇÃO E FASES DO PROCEDIMENTO LICITATORIO NA MODALIDADE PREGÃO

Em que pese o pregão ter surgido como alternativa à morosidade de um processo licitatório comum, esta modalidade possui restrições quanto à sua utilização. A delimitação quanto ao objeto e ao critério de julgamento, que já restara estabelecida

pela Lei nº. 10.520, foi reforçada pela Nova Lei de Licitações, que, ainda, inovou em se tratando dos critérios de julgamento aplicáveis ao pregão.

Neste contexto, tem-se que a Lei nº. 10.520/02, que anteriormente trazia apenas o critério de julgamento por “menor preço”, agora resta superado pela Lei nº. 14.133/21, que adiciona a adoção do critério de julgamento por “maior desconto” às possibilidades já consolidadas nos processos licitatórios da modalidade pregão².

Em suma, conclui-se que a Nova Lei de Licitações apenas reúne e consolida aspectos relativos ao pregão que motivaram a sua criação, dentre eles a simplificação e celeridade dos processos licitatórios relativos à aquisição dos bens habitualmente utilizados, bem como estabelece mudanças sutis nas previsões legais anteriores a data de sua sanção.

À luz do pensamento de Barcellos e Mattos (2017, p. 55), “os procedimentos licitatórios são as partes que compõe o fluxo de uma licitação [...]”. A partir destes procedimentos, a administração pública, por intermédio da instauração de um processo administrativo e um desencadeamento de atos procedimentais, tendem a gerar a contratação como resultado final (RODRIGUES, 2021, p. 14).

Em que pese cada modalidade de licitação possuir seu próprio método de condução, existem exigências comuns e aplicáveis a toda e qualquer processo (OLIVEIRA, 2017, p. 227). Neste sentido, toda licitação será dividida em fases, que, dentre estas, requerem documentos específicos e peculiaridades quanto a atuação do agente público envolvido (BARCELLOS; MATTOS, 2017, p. 56).

No tocante às fases procedimentais dos autos licitatórios, a Nova Lei de Licitações não trouxe grandes novidades. Divididas em interna (ou preparatória) e externa, as fases da licitação que, na Lei nº 8.666/93 encontravam-se implícitas no texto legal, podendo ser depreendidas do art. 14 e seguintes, agora jazem expressamente no art. 17 da Lei nº 14.133/21, no qual tem-se:

Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:
I - preparatória;
II - de divulgação do edital de licitação;
III - de apresentação de propostas e lances, quando for o caso;

² Veja-se: Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se: [...] XLI - pregão: modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto; [...] Art. 29. A concorrência e o pregão seguem o rito procedimental comum [...], adotando-se o pregão sempre que o objeto possuir padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado.

IV - de julgamento;
V - de habilitação;
VI - recursal;
VII - de homologação.

Não se trata necessariamente de uma inovação, pois as fases processuais já existiam na Lei nº. 8.666/93, mas pode-se dizer que houvera um aperfeiçoamento da construção regulamentária, pois a Nova Lei de Licitações e Contratos consolidou as esparsas orientações quanto a instrumentalização da licitação.

Em se tratando do pregão, a Lei nº 10.520/02 traz expressamente as previsões de fase interna e externa. Veja-se: “Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte: [...] Art. 4º A fase externa d.o pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:”.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2023, p. 461):

o pregão é um procedimento que se desenvolve por meio de vários atos da Administração e dos licitantes, [...] compreende uma fase interna (chamada de fase preparatória pelo artigo 3º da Lei nº 10.520), que precede a abertura do procedimento ao público, e uma fase externa, que se inicia com a publicação do aviso do edital de convocação.

“A fase preparatória ou interna da licitação engloba os atos iniciais e preparatórios praticados por cada órgão e entidade administrativa para efetivação da licitação” (OLIVEIRA, 2017, p. 228). Como depreende-se do trecho escrito por Rafael Carvalho Rezende Oliveira, a fase interna é o marco inicial de todo o escopo de realização da licitação. Nesta fase estarão presentes, principalmente, pressupostos de autorização e planejamento do órgão contratante.

Para Niebuhr (2021, p.80), a fase interna do processo licitatório consiste:

como preceitua o inciso I do artigo 17 da Lei n. 14.133/2021, a licitação inicia-se numa fase preparatória ou interna, em que a Administração Pública justamente trata de planejar a futura licitação e contrato, definindo os seus objetos e todas as suas condições, o que deve, ao final, ser retratado no edital de licitação e documentos que lhe são anexos e partes integrantes.

Ainda, em similaridade de ideias, Rocha, Vanin e Figueiredo (2021, p. 152 e 153) expõe que: “O planejamento é a característica primordial da fase preparatória, conforme preconiza o art. 18. [...] o planejamento da licitação deve abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que possam interferir na contratação”.

Em sentido similar, Filho (2022, p. 32), exprime que a Nova Lei de Licitações atribui a fase interna o intuito de, não somente atender formalismos legais, mas também a elaboração de estudos, informações e dados necessários ao êxito do certame e resposta à demanda do órgão.

Faz-se mister destacar a importância da elaboração de um planejamento adequado à satisfação das demandas públicas. Para Justen Filho (2023, p. 269):

O planejamento consiste em atividade organizada, que compreende a antevisão das necessidades, das soluções cabíveis, de avaliação de riscos e de escolha das soluções mais adequadas. Sob um certo ângulo, o planejamento consiste numa espécie de “engenharia reversa”, na acepção de que a Administração deve prever os resultados mais desejáveis (fins) e, a partir disso, estabelecer o melhor modo para o seu atingimento (meios).

Portanto, é na fase preparatória que o agente requisitante, em conjunto a comissão de licitações, estará responsável por antever todos os aspectos relacionados ao conjunto licitatório, a ser inserido posteriormente no instrumento convocatório, que, de acordo com suas exigências e precisão, interferirão no objeto, e, conseqüentemente a qualidade, a ser licitado. Assim, é necessário que haja conexão entre o aparato organizacional elaborado na fase preparatória e a realidade concreta, sendo que, inexistente planejamento teórico, ainda que este esteja pautado em métodos e concepções técnico-científicas. É preciso que este reflita situações concretas e que leve em considerações características variáveis em razão de tempo e espaço (JUSTEN FILHO, 2023, p. 270).

Em síntese das lições apontadas acima, aos incisos do art. 18 da Lei nº 14.133, e as preleções trazidas por Rodrigo Bordalo Rodrigues (2021, p.15), pode-se afirmar, portanto, que, na fase preparatória, deverão ser analisados e adotados:

- a) Descrição da necessidade da contratação;
- b) Definição do objeto, da modalidade de licitação e do critério de julgamento;
- c) Estimativa do orçamento;
- d) Análise dos riscos e elaboração da respectiva matriz de alocação;
- e) Elaboração do edital da licitação e da minuta do contrato.

Além dos expostos acima, diferenciar-se-ão destes passos, àqueles previstos no art. 3º da Lei nº 10.520/02. Por tratar-se de legislação específica ao procedimento do pregão, este dispositivo normativo traz ainda:

I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;

II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

III - dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; e

IV - a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.

Em síntese ao exposto, resta nítida que a elaboração da fase preparatória encontra-se intimamente relacionada ao resultado útil do processo licitatório. Esta é responsável pela viabilidade e caracterização do objeto a ser contratado. Todavia, no tocante ao objeto de pesquisa deste artigo, torna-se imperioso retratar, ainda, a fase externa da licitação.

Diferente da fase interna, que é descrita nominalmente no art. 18 da Lei nº. 14.133, a fase externa poderá iniciar-se a partir do envio do processo licitatório ao órgão de assessoramento jurídico responsável pela apreciação quanto ao controle prévio de legalidade, nos termos do art. 53 do mesmo dispositivo normativo. Refere-se a uma possibilidade pois o órgão consultivo pode obstar o prosseguimento do processo em razão de inconformidades legais em seu teor.

Superado isto, com posicionamento concordante do órgão jurídico consultivo, é que, definitivamente, terá início a fase externa do processo licitatório, mediante a divulgação do edital de licitação. A Lei nº. 10.520/02, em seu art. 4º, também explicita os regimes de seguimento da fase externa do pregão. Em face deste diploma legal e da Lei nº. 14.133/21, é possível explicitar que, esta divide os processos externos ao longo de seus capítulos, sendo estes, divulgação do edital de licitação, apresentação de propostas e lances, julgamento, habilitação e homologação, enquanto a Lei nº. 10.520/02 compila, de maneira verossimilhante, mas descritas de forma diversa, as mesmas alegações da Nova Lei de Licitações.

No presente artigo, dar-se-á ênfase aos procedimentos de divulgação do instrumento convocatório e de julgamento. Nas palavras de Oliveira (2023, p. 231):

O instrumento convocatório contém as regras que norteiam a licitação e que devem ser observadas pela Administração e pelos licitantes. Trata-se do princípio da vinculação ao instrumento convocatório [...]. Daí a afirmação tradicional de que o instrumento convocatório é a “lei interna da licitação”.

Por ser responsável pela contenção de todas as regras balizadoras da contratação, inclusive o critério de julgamento, fator protagonista da presente análise, o edital (e seus anexos) será responsável, de acordo com a excelência dos condutores da fase preparatória, por perpetuar a satisfação, ou não, da demanda deflagrante do processo licitatório, estando a administração pública vinculada aos termos prescritos no instrumento.

Nesta linha, a etapa de julgamento, por intermédio do critério de julgamento adotado no edital, tem por objetivo selecionar, dentre os particulares interessados, a melhor proposta, por meio de critérios objetivos (OLIVEIRA, 2023, p. 240). É neste viés que se debruça a tênue linha da (in)eficácia da contratação por menor preço, principalmente. Diante da exploração por parte do agente de contratação, do conteúdo das propostas apresentadas, em face dos requisitos presentes no instrumento convocatório, é que será possível efetivar a obtenção de objetos definitivamente úteis ao fim que foram destinados.

2.2 DEFINIÇÃO DE CRITÉRIO DE JULGAMENTO E APLICABILIDADE DESTE POR MENOR PREÇO NOS PREGÕES

Os critérios de julgamento podem ser entendidos como as referências para avaliação das propostas apresentadas. Estes parâmetros, que na Lei nº. 8.666/93 eram avocados como “tipos de licitação”, são escolhidos de acordo com o objeto a ser licitado.

A Lei nº. 14.133/21 traz a renomeação dos superados “tipos de licitação”. Neste novo diploma, são chamados de critério de julgamento, e subdividem-se de acordo com a previsão do art. 33:

Art. 33. O julgamento das propostas será realizado de acordo com os seguintes critérios:
I - menor preço;
II - maior desconto;
III - melhor técnica ou conteúdo artístico;
IV - técnica e preço;
V - maior lance, no caso de leilão;
VI - maior retorno econômico.

À luz da instrumentalização do pregão, tal como já exposto no presente artigo, os critérios aplicáveis foram ampliados pela redação do art. 6º, XLI da Nova Lei de Licitações e Contratos. O texto trazido pela Lei nº. 10.520/02, no art. 4º, X, cita apenas o menor preço como critério de julgamento. Veja-se:

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;

Destarte isto, é necessário conceituar o critério de julgamento por menor preço, teor este extraído do art. 34 da Nova Lei de Licitações. Adotar-se-á esta definição por equivaler-se a regulamentação vigente:

Art. 34. O julgamento por menor preço ou maior desconto e, quando couber, por técnica e preço considerará o menor dispêndio para a Administração, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no edital de licitação.

Trata-se da ampliação de hipóteses de utilização trazida pela legislação mais recente. Ressalta-se a parte final do enunciado acima, no qual a legislação expressa sua preocupação quanto as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade. Em complemento a tal afirmação, Di Pietro (2023, p. 461) expõe:

A redação do dispositivo é confusa e parece estar querendo dizer que o critério é exclusivamente o do menor preço, mas que podem ser feitas exigências específicas quanto aos outros aspectos mencionados no dispositivo, constituindo-se os mesmos em condições para aceitabilidade ou não da proposta; o não atendimento das exigências levará à desclassificação da proposta.

Cumprido instar que, a Lei nº. 14.133/21 é clara ao estabelecer, em seu art. 59, que as propostas que não atendam ao edital, serão desclassificadas. Na mesma razão, a Lei nº. 10.520/02, no art. 4º, XI e XVI, confere discricionariedade ao agente de contratação quanto à aceitabilidade da proposta melhor classificada, e, concomitantemente, à possibilidade deste em examinar as ofertas subsequentes, quando a inicialmente selecionada não satisfaça aos critérios do edital.

Em outras palavras, o agente de contratação não só pode, mas tem a obrigação de realizar a desclassificação que não seja condizente com as prescrições exigidas pelo instrumento convocatório. Trata-se de um ponto de inflexão da eficácia ou não da contratação. Ainda que, na fase preparatória a figura requisitante estabeleça critérios objetivos sólidos quanto as características qualitativas do objeto, cabe ao operador da contratação, auxiliado pelo perito técnico, atentar-se a aceitabilidade da oferta.

3. AS BARREIRAS DO MENOR PREÇO COMO INSTRUMENTO DE EFICIÊNCIA E FORMAS DE MITIGAÇÃO PARA OCORRÊNCIA DO FORNECIMENTO DE OBJETOS QUE NÃO ATENDAM A SUA INTEGRAL FINALIDADE

Nesta seção serão suscitados os reveses de satisfação do critério de julgamento por menor preço como condutor do princípio da eficiência, bem como, ações públicas exemplificativas de contingência ao fornecimento de objetos cuja qualidade não seja adequada, bem como, à oferta esteja em desacordo ao instrumento convocatório. Tratam-se de formas de evitar-se a entrega de objetos inadequados, revertendo-se em custos adicionais e repetitivos ao erário público.

3.1 OS ÓBICES DO MENOR PREÇO COMO MEIO DE SATISFAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA PÚBLICA E SUA INFLUÊNCIA NA QUALIDADE DOS OBJETOS LICITADOS

Para estabelecer os óbices do critério de julgamento por menor preço como fator pragmaticamente eficiente, é inescusável adotar uma base informacional. Para tanto, utilizar-se-á os ideais pregados pelo utilitarismo, difundidos principalmente por Jeremy Bentham. A ótica de concepção deste, no tocante à ideia de utilidade como forma de perpetuação do prazer, resta de acordo, inclusive, com a maximização dos resultados pretendidos pela administração pública.

Tratando-se do conceito estabelecido por Bentham, Sandel explicita que a ideia central do utilitarismo é potencializar a felicidade, viabilizando a sobreposição desta em favor da dor. Em suma, a coisa certa a ser feita é a que maximizará a utilidade, e, como utilidade, Bentham define qualquer elemento que emane prazer (2009, p. 48). Esta conclusão advém da premissa de que, o ser humano é motivado por dor e prazer,

sendo responsáveis pelas razões das quais agimos. Não obstante, assiduamente a sociedade encontra-se permeado destes sentimentos.

Doravante tal questão, Bentham ainda exprime que os legisladores devem ater-se destes princípios quando da elaboração leis e diretrizes, de forma a propiciarem a felicidade para a comunidade em geral (Sandel, 2009, p. 48). É neste enquadramento que questionar-se-á o critério de julgamento por menor preço.

O efeito útil do processo licitatório, principalmente no tocante à satisfação do objeto licitado, é fruto da retidão na elaboração de todas as etapas de deflagração da contratação. É necessário que a administração pública, diante de um cenário restrito, do ponto de vista legal, sobressaia a isto, e, de forma esquematizada, estabeleça e pratique critérios para a condução meticulosa do processo administrativo em questão.

É premente destacar a lição de Niebuhr (2021, p. 82-83):

[...] as regras sobre a etapa preparatória prescritas na Lei n. 14.133/2021 condenam as licitações e os contratos brasileiros à burocracia exagerada e disfuncional, exigindo procedimentos muito pesados e amarrados para tudo, difíceis de serem realmente cumpridos pela grande maioria dos órgãos e entidades da Administração Pública nacional, porque muito distantes de suas realidades e das suas efetivas disponibilidades, inclusive de pessoal qualificado. O erro do legislador foi o de acatar a ideia de impor à Administração Pública nacional o planejamento a fórçipes sob a premissa de que regras complexas precisariam ser prescritas em pormenor para todos e para todas as licitações, num modelo bastante pesado e amarrado. O planejamento das licitações e contratos seria mais eficaz se fosse mais simples.

No contexto público, na persistência das amarras legais vigentes, impera o axioma que, para a contratação de um objeto apto a satisfação do quesito utilitarista, presume-se necessária a atuação exaustiva do demandante, do agente de contratação, bem como do responsável pela fiscalização do objeto pactuado. O trabalho conjunto dos responsáveis pelo desencadeamento de todas as fases procedimentais, no que diz respeito a adequada caracterização do objeto, levando em consideração as necessidades a serem atendidas, resta prejudicado pela quantidade de requisitos legais.

De forma condensada, a atuação dos agentes públicos deve estar revestida de atos, no mínimo, primorosos. A in(capacidade) dos condutores do processo licitatório é, não somente determinante para o bom andamento deste, mas é a responsável, também, por perpetuar os aspectos qualitativos da contratação. Ante à responsabilidade conferida aos personagens condutivos do fluxo licitatório, cuja não

observância pode resultar em questionamentos e responsabilização pessoal, faz-se necessário proporcioná-los a capacitação condizente para exercício de tal função, cujo desígnio seja seleção da proposta, de fato, mais vantajosa.

Além disso, a roupagem conferida ao pregão pelas legislações específicas, no tocante a sua utilização em objetos de natureza comum, acaba, divergindo-se da sua concepção atual. Prova disto, é analisar o art. 3º, II, da Lei nº. 10.520/02, que expõe: “II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;”

Por vezes, a administração pública carece que os objetos sejam definidos de forma acentuada, na busca de concretizar uma contratação, de fato, eficiente, e neste sentido, o diploma legal obsta o transcurso administrativo. Em contrapartida, a fragilidade entre a precisão, suficiência e clareza, citada pela legislação, e a restrição da competição, é presente nas fases preparatórias do processo. Desta forma, o limbo de atuação do agente público sobeja limitada entre, descrever o objeto de forma suficiente a resguardar a seleção da proposta mais vantajosa, ainda que possua características demasiadas, ou zelar pela conformidade legal de suas ações, definindo aspectos simplistas.

Entretanto, os óbices quanto à satisfação do princípio da eficiência mediado pelo critério de julgamento por menor preço não se encerram na assiduidade das atuações públicas na fase interna do processo administrativo. Não basta que haja a correta caracterização do objeto, bem como o trabalho de análise da proposta na fase de julgamento. A fiscalização do instrumento pactuado, no intuito de não haverem desvios dos termos firmados, possui igualdade de relevância. Neste sentido, Antônio França da Costa (2013, p. 60), estabelece:

De nada adiantaria a elaboração de um projeto básico, devidamente aprovado, se, por exemplo, os materiais fossem substituídos durante a execução do contrato por material inferior. A proposta vencedora, selecionada por ser a mais vantajosa para a Administração, perderia, na prática, essa qualidade

Ainda, a Nova Lei de Licitações diz:

Art. 25. O edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da

licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento.

À face do exposto, resta latente que, para perpetuação do princípio da eficiência, não se trata de simplesmente aceitar o menor preço como hábil a promover maior felicidade, apropriando-se esta ideia ao sentido de eficiência. É mais adequado denominar-se de “melhor valor”. Nas palavras de Justen Filho, “a eficiência da atividade administrativa exige avaliação não apenas dos fatores exclusivamente econômicos” (2023, p. 265). Ou seja, não necessariamente, a transação menos custosa do ponto de vista financeiro será a mais adequada, mas sim a que produza maior benefícios em termos de ciclo de vida, qualidade, garantia do objeto, etc.

Neste ponto de vista, a própria legislação basilar (Lei nº 14.133/21) preceitua que, a administração pública deve buscar o resultado mais vantajoso, inclusive no tocante ao ciclo de vida do objeto. Veja-se:

Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;

Portanto, restam claros os imbróglios existentes na tramitação processual das licitações, sobretudo na busca da efetivação do critério de julgamento por menor preço como instrumento de consubstanciação da eficiência pública. Tratam-se de panoramas relativos não somente às exigências das legislações, mas também à atuação dos agentes públicos. Exige-se, para a efetivação do princípio da eficiência, delimitar concisamente a demanda, planejar, ainda que com base em termos técnicos-científicos, de forma inclinada à realidade, selecionar e julgar de forma poli principiológica a proposta vencedora, a fim de que esta satisfaça não somente a redutibilidade de valores monetários, mas também, aos princípios da vinculação ao edital, julgamento objetivo, desenvolvimento nacional sustentável, etc.

Igualmente, a função fiscalizatória é responsável por estabelecer a conformidade de atuação pública nos fluxos licitatórios. Sem ela, um trabalho impecável na fase interna e externa pode ser realizado, entretanto, é na execução do termos pactuados no contrato que encontrar-se-ão as repercussões, positivas ou negativas, das fases anteriores.

Faz-se impreterível citar o trecho do nobre filósofo Michael J. Sandel (2009, p. 48), no qual explicita: “Cidadãos e legisladores devem, [...] fazer a si mesmos a seguinte pergunta: Se somarmos todos os benefícios dessa diretriz e subtrairmos todos os custos, ela produzirá mais felicidade do que uma decisão alternativa?”

3.2 FORMAS DE MITIGAÇÃO: ADEQUADA DELIMITAÇÃO DO OBJETO DA CONTRATAÇÃO

A congruente delimitação do objeto a ser contratado pela administração pública, além de profícua para o êxito do processo licitatório, é apontado pela legislação do Tribunal de Contas da União, na Súmula nº. 177, como indispensável. Veja-se:

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

Por conseguinte, os documentos responsáveis por estabelecer a fixação dos termos da contratação são os previstos no art. 18 da Lei nº 14.133/21. Tem-se:

Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento [...] bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos:

I - a descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido;

II - a definição do objeto para o atendimento da necessidade, por meio de termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo, conforme o caso;

V - a elaboração do edital de licitação;

Diante do conteúdo exposto ao longo do presente artigo, verificou-se que, o balizamento quanto ao objeto da contratação é o ponto mais importante para garantir a qualidade no processo licitatório. Estabelecer requisitos simplórios, significa ampliar, e não de forma saudável, a competição cujo desdobramento resultará em propostas das mais diversas qualidades.

Nesta análise, não se pode, sequer, arguir que o critério de julgamento por menor preço é o responsável pela baixa qualidade dos produtos licitados. Na realidade, é na conduta imprudente, ou descapacitada, dos responsáveis pela confecção dos documentos na fase interna, que reside este óbice.

Portanto, é preciso que haja ponderação ao definir o objeto contratual e suas repartições, ao passo que, não sendo realizado de maneira assertiva, trará consequências negativas ao processo licitatório e ao órgão contratante.

3.3 FISCALIZAÇÃO QUANTO AO OBJETO CONTRATUAL

Tal como arguido no tópico 2.4 do presente estudo, a fiscalização contratual é responsável por garantir a fidelidade no cumprimento das propostas apresentadas por particulares. Vejamos a lição de Antônio França da Costa (2013, p. 60):

O fiscal de contratos tem a incumbência de se certificar que as condições estabelecidas em edital e na proposta vencedora estejam sendo cumpridas durante a execução do contrato, para que os objetivos da licitação sejam materialmente concretizados.

Trata-se da ratificação das condutas dos envolvidos no processo licitatório. Além disso, a previsão da figura do fiscal de contrato no instrumento convocatório, coage a participação de fornecedores não aptos a satisfação da necessidade pública contida naquele edital de licitação. A partir disto, evita-se, sobretudo a displicência na aplicação dos recursos públicos, mas também a contratação de determinado objeto, e o recebimento (ou execução) de outro diverso, bem como, o retrabalho a fim de atingir o artigo desejado.

3.4 CAPACITAÇÃO DOS AGENTES ENVOLVIDOS NO PROCESSO DE LICITAÇÃO

Após o exposto, conclui-se que numerosas são as responsabilidades dos agentes públicos envolvidos no processo de licitação. É a partir das condutas destes que deflagram-se todos os entroncamentos do fluxo licitatório. Desde a observância da necessidade, à fiscalização dos termos pactuados, os atos praticados pelos agentes públicos influenciam a persecução do princípio da eficiência.

Todavia, é impreterível que, para o desempenho de inúmeras funções, que em sua maioria complexas, os agentes envolvidos no processo licitatório estejam bem instruídos e capacitados. Esta é a gênese do pensamento de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2000), no qual preconiza que: “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 [...]”.

Não é incomum constatar que o fornecimento de objetos de baixa qualidade deu-se por falta de instrução dos agentes públicos envolvidos na licitação. A falha destes autores, em alguma das fases do fluxo licitatório, compromete o conjunto em sua integralidade.

Torna-se premente destacar que, a Nova Lei de Licitações preocupou-se com este assunto, e trouxe, dentre as outras previsões, em seu art. 169, §3º, I, a descrição desta diligência. Tem-se:

Art. 173. Os tribunais de contas deverão, por meio de suas escolas de contas, promover eventos de capacitação para os servidores efetivos e empregados públicos designados para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei, incluídos cursos presenciais e a distância, redes de aprendizagem, seminários e congressos sobre contratações públicas.

Para isto, faz-se mister que a administração pública cumpra com os preceitos legais, e promova formas de capacitação de seus agentes, a fim de que atuem de maneira pragmaticamente eficiente na condução dos processos licitatórios, de forma a prezar pela aplicação dos recursos públicos, motivados pelos aspectos gerenciais de eficiência das contratações públicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Explorou-se ao longo do presente estudo, a complexa inter-relação entre a aplicação do critério de julgamento por menor preço em processos licitatórios, em especial ao pregão, e a eficiência pública. Inicialmente, optou-se por trazer aspectos históricos, relativos aos períodos de vigência de distintos modelos da administração pública, a fim de confrontá-los e estabelecer um ponto de inflexão entre a gradual transição do cenário burocrático para o gerencial.

No tocante ao desenvolvimento do artigo, destacaram-se os desafios e questionamentos associados ao critério amplamente utilizado de menor preço,

sublinhando a importância de equilibrar a busca pela economia com a eficiência na entrega de bens e serviços contratados.

O pregão, como uma modalidade menos morosa, e concebida para obter o melhor negócio possível, ganha relevância, principalmente no contexto de implementação de quesitos gerenciais, no Governo de Fernando Henrique Cardoso. No entanto, observamos que estabelecer exclusivamente o critério de menor preço pode comprometer a qualidade e eficiência dos produtos e serviços contratados. Nesse sentido, fora proposta uma abordagem mais abrangente, considerando a relação custo-benefício e a eficiência na gestão pública.

Uma conclusão latente é a necessidade de delimitar adequadamente o objeto da contratação, fiscalizar o cumprimento dos termos pactuados e capacitar e conscientizar os envolvidos nos processos licitatórios, desde gestores até fornecedores. A compreensão do papel do princípio da eficiência e a consideração de critérios além do preço, devem se tornar elementos fundamentais na condução transparente e eficaz das licitações.

Assim, fora estabelecida uma revisão da abordagem tradicional nos processos licitatórios, superando a visão limitada do menor preço. A eficiência pública deve ser o guia, assegurando não apenas a economia de recursos, mas também a entrega de serviços e produtos que atendam plenamente às necessidades da administração pública e, por consequência, da sociedade.

Para isto, adotou-se como base informacional, o princípio utilitarista, amplamente difundido por Jeremy Bentham e seus precursores, no qual, foi possível concluir que, não basta que o objeto licitado seja o menos oneroso em termos pecuniários, mas também, o que produza mais felicidade à coletividade. Neste contexto, o critério de julgamento por menor preço deve ser utilizado como ferramenta de, não somente contratar objetos por preços competitivos, mas hábeis a satisfazerem integralmente a demanda do órgão contratante, evitando que a administração pública tenha gastos repetidos pela mesma necessidade.

Em última análise, o desígnio do presente artigo fora contribuir para o aprimoramento das práticas licitatórias, promovendo uma gestão pública mais eficiente, transparente e alinhada aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, nos termos do art. 37 da Carta Magna, bem como, expor que, aspectos da administração pública pautada nos moldes do

gerencialismo contribuem para garantir a maior satisfação possível no contexto dos processos licitatórios instrumentalizados pelo critério de julgamento por menor preço.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Bruno M.; MATTOS, João G. **Licitações e contratos**. SAGAH Educação S.A: Grupo A, 2017. E-book. ISBN 9788595021235. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595021235/>. Acesso em: 06 nov. 2023.

BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**, [S.L.], v. 4, n. 1, p. 207, 16 fev. 2017. Universidade Federal do Parana. <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v4i1.49773>.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. **Plano de reestruturação e melhoria da gestão do MARE / Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado**. Brasília: MARE, 1997. 39 p. (Cadernos MARE da reforma do estado; c. 5)

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. 1584 p.

CAMPELO, G. S. B. **Administração pública no Brasil: ciclos entre patrimonialismo, burocracia e gerencialismo, uma simbiose de modelos**. Ciência & Trópico, [S. l.], v. 34, n. 2, 2013. Disponível em: <https://periodicos.fundaj.gov.br/CIC/article/view/871>. Acesso em: 4 nov. 2023.

CARDOSO, FH. **Avança, Brasil: proposta de governo** [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008. 172 p. ISBN: 978-85-99662-68-7. Available from SciELO Books <<http://books.scielo.org>>.

COSTA, Antônio França da. Aspectos gerais sobre o fiscal de contratos públicos. **Revista do Tcu**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 58-71, maio 2013. De 1970 A 1972, Periodicidade Anual; de 1973 A 1975, Quadrimestral; de 1976 A 1988, Semestral; 1989, Quadrimestral; 1990 A 2005, Trimestral; 2006, Anual; A Partir de 2007, Quadrimestral.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **A qualidade na Lei de Licitações: o equívoco de comprar pelo menor preço, sem garantir a qualidade**. 2000. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/429/a-qualidade-na-lei-de-licitacoes#google_vignette. Acesso em: 11 nov. 2023.

FILHO, Marcílio da Silva F. **Nova lei de licitações e contratos administrativos comentada**. SaraivaJur: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553622593. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553622593/>. Acesso em: 06 nov. 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. 984 p.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. 968 p.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NIEBUHR, Joel de Menezes (coord.). **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021. 283 p. (E-book).

OLIVEIRA, Rafael Carvalho R. **Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática**. Forense: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559647484. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647484/>. Acesso em: 06 nov. 2023.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Da Administração Pública Burocrática à Gerencial**. [S.L]: Revista do Serviço Público, 1996. Disponível em: <https://doi.org/10.21874/rsp.v47i1>. Acesso em: 04 nov. 2023.

PLANALTO. **Lei nº 8.666**: regulamenta o art. 37, inciso xxi, da constituição federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 20 out. 2023.

PLANALTO. **Lei nº 14.133**: lei de licitações e contratos administrativos. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 20 out. 2023.

PLANALTO. **Lei nº 10.520**: institui, no âmbito da união, estados, distrito federal e municípios, nos termos do art. 37, inciso xxi, da constituição federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso em: 20 out. 2023.

PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. Disponível em: <https://portaldatransparencia.gov.br/entenda-agestao-publica/licitacoes-e-contratacoes>, acesso em 17 out. 2023.

ROCHA, Wesley; VANIN, Fábio S.; FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de. **A Nova Lei de Licitações**. Almedina: Grupo Almedina (Portugal), 2021. E-book. ISBN 9786556273785. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556273785/>. Acesso em: 06 nov. 2023.

RODRIGUES, Rodrigo B. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Expressa: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555598230. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598230/>. Acesso em: 06 nov. 2023.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009. Tradução 6ª ed. de Heloísa Matias e Maria Alice Maximo.

SANTANA, Jair Eduardo. Pregão: 10 anos. Retrospectiva, essencialidades e perspectivas. **Revista do Tcu**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 54-75, maio de 2009. De 1970 A 1972, Periodicidade Anual; de 1973 A 1975, Quadrimestral; de 1976 A 1988, Semestral; 1989, Quadrimestral; 1990 A 2005, Trimestral; 2006, Anual; A Partir de 2007, Quadrimestral.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

SEVERINO, Antonio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico** [livro eletrônico]. 24. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. 5. ed. Rio de Janeiro: Ltc — Livros Técnicos e Científicos Editora S.A., 1982

ZAFFARI, Eduardo; FERREIRA, Gabriel B.; LIMA, Náthani S.; et al. **Licitações e Contratos**. SAGAH Educação S.A: Grupo A, 2022. E-book. ISBN 9786556902180. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556902180/>. Acesso em: 06 nov. 2023.