

EM BUSCA DA VANTAGEM NA LICITAÇÃO

Kátia G. Alves da Silva*

1. O papel da licitação; 2. O problema da interpretação da lei e a orientação dos princípios; 3. O excessivo de formalismo; 4. A vantagem na proposta de menor preço.

1. O PAPEL DA LICITAÇÃO

A Licitação é procedimento que precede as contratações na Administração Pública, visando à garantia da proposta mais vantajosa para o Poder Público, preservando o princípio da igualdade entre os participantes. No entanto, muita coisa acontece entre o início e a conclusão desse procedimento administrativo. Algumas vezes não se chega ao fim almejado pelo instituto, em face da má interpretação da lei, pelo excesso de rigorismo, traduzido pela existência de pequenas falhas que se convertem em grande empecilho ao êxito da Licitação. Outro obstáculo na consecução do objetivo do certame é o problema da ausência de qualidade dos bens e serviços nas propostas de menor preço. É necessário, portanto, que se busque mecanismos para que a licitação cumpra seu papel de instrumento moralizador do gasto público.

A necessidade da Licitação vem da preocupação do cidadão, representado pelo legislador constituinte, com a obrigatoriedade da correta aplicação do dinheiro público, bem como no interesse em ter uma gestão orçamentária eficaz, e com isso reconstruir um relacionamento entre a Administração e seus prestadores de serviços, fornecedores e o cidadão, financiador e usuário dos serviços públicos.

Na Administração pública, prevalece o princípio da indisponibilidade do interesse público, com isso, o administrador está obrigado a gerir os recursos financeiros, investimentos provenientes dos cidadãos, do modo mais razoável possível, segundo regras éticas. E mais, não basta que aja com honestidade, é necessário também que a administração pública tenha em vista o dever de eficiência consagrado no art. 37 da Carta Magna de 1988, em face da EC nº 19/98. Ademais, diante do princípio da economicidade, há de se considerar sempre que toda atividade administrativa deve envolver a solução mais conveniente e eficiente sob o aspecto da gestão dos recursos públicos.

A Licitação é uma opção da sociedade brasileira, que não admite tantos gastos públicos injustificados ou mal-empregados. Por isso é que a lei nº 8.666 de 1993, procurou incluir o cidadão no processo de Licitação, dando ao instituto uma conotação democrática, permitindo maior transparência na condução da coisa pública. Diz o art. 4º: “[...]podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos”. Com isso, entende-se que qualquer cidadão pode promover ação popular tendo em vista invalidar atos lesivos ao patrimônio público.

A aplicação da lei gera, para o administrador, uma série de exigências, que requerem dele um bom planejamento e conhecimento razoável do funcionamento da administração pública, como por exemplo, a coerência entre sua pretensão em adquirir bem ou contratar serviço e o orçamento previsto para entidade. O administrador que tem compromisso com o planejamento, deve atentar para a elaboração do edital, procurando adequar a especificação do material às condições do Órgão, assim é de grande relevância especificar a unidade, quantidade, tipo de embalagem, volume, peso, tendo em vista a capacidade de armazenamento do almoxarifado, visando prevenir deteriorações.

Na Licitação, para que se atinja o fim proposto, é indispensável o planejamento e o conhecimento do funcionamento da Administração Pública. O imprevisto não cabe num serviço público que se pretenda eficaz. Caso contrário, ter-se-á uma licitação fracassada, quer sob o aspecto da anulação ou revogação ou mesmo chegar a uma contratação funesta e imprestável, significando um gasto inútil do dinheiro público.

Dispõe a lei de licitações, no art. 7º, § 2º, II, III que para a contratação de obras e serviços é necessário que haja orçamento detalhado, o recurso orçamentário e que o produto da Licitação esteja contemplado no plano plurianual, para fazer face à despesa a ser empenhada.

E no art. 14, a lei faz advertência semelhante para os casos de compras:

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

Tais requisitos são de grande utilidade prática, pois leva o administrador a observar o mínimo de planejamento para efetuar sua despesa, do contrário, poderia a Licitação, após passadas as suas fases, e chegando ao momento da conclusão, constatar-se não haver condições de homologação, justamente por faltar um daqueles requisitos, como por exemplo, a insuficiência de recurso financeiro.¹

Outro fato a ser ressaltado é o de haver exigências de documentos de habilitação desnecessários à participação no certame licitatório, o que caracteriza um descompasso com o que se pretende contratar, pois exigências exageradas apenas estarão impedindo ampliação do universo de licitantes, conseqüentemente, criando óbice ao alcance da finalidade precípua da Licitação: encontrar a melhor proposta para a Administração.

É de todo conveniente que compareça à disputa o maior número possível de interessados, para que em um universo mais amplo a proposta mais vantajosa seja mais facilmente encontrada. A demasiada preocupação com problemas burocráticos, traduzido na valoração de detalhes e precisão, acaba por restringir possibilidades e a competitividade entre licitantes.

2. O PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO DA LEI E A ORIENTAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

A Lei de Licitações não pode ser encarada isoladamente, como regras a serem seguidas meramente, mas deve ser entendida dentro do sistema jurídico, sob o comando de princípios orientadores, os quais

possibilitam solução de conflitos não previstos explicitamente no corpo legislativo. Eles atuam determinando o sentido e alcance das normas, orientando a adequada interpretação das regras, bem como o preenchimento adequado das lacunas da lei.²

Os princípios são de grande importância para aplicação da lei de licitações, bem como a todo o ordenamento, pois impõe-lhes certas diretrizes axiológicas. Contudo, devem ser observados em seu conjunto, pois aplicados isoladamente poder-se-ia ter como resultado a ineficácia do outro. Ademais não se pode apegar a um princípio como a um dogma, pois não se quer com o princípio atravancar o processo, mas com ele possibilitar o atingimento do objetivo da administração com a Licitação.

Vale salientar que em sendo básicos os princípios destacados pela lei, outros ganham importância em cada caso prático, como os casos da necessidade de se aplicar o princípio da razoabilidade e proporcionalidade no desenrolar do procedimento licitatório. Um ato irrazoado pode ser caracterizado também como ilegal, uma vez que não atinge a finalidade pública visada pela norma, o qual busca a satisfação do interesse público através de uma conduta razoável e justa por parte do administrador.

O princípio da proporcionalidade, apesar de não constar expressamente na lei 8666/93, tem grande relevância na condução do processo licitatório. Ele deve ser aplicado como critério exegético para solucionar colisões entre os bens juridicamente tutelados pela Constituição. O fundamento deste postulado é o de que o cidadão tem direito à aplicação da medida que lhe imponha o menor sacrifício possível, diante do interesse público perseguido pela Administração. Assim, por esse princípio, ficam excluídas as interpretações que tornem inútil a finalidade buscada pela norma. Tanto o princípio da Proporcionalidade quanto da Razoabilidade, objetivam delimitar o exercício do poder estatal, tendo como parâmetro os direitos dos administrados, servindo portanto, como instrumento de controle das medidas estatais.³

¹ MOTTA, Carlos Coelho Pinto da. A Contratação Vantajosa para Administração Pública. *Revista Forum Administrativo*, São Paulo, n.º 2 Abril, 2001, pp. 141-154.

² SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 20.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, São Paulo, Dialética, 2000, p. 69.

3. O EXCESSIVO DE FORMALISMO

Apesar de ser a Licitação um procedimento eminentemente formal, ainda é possível notar que em muitos casos, conforme tem demonstrado a jurisprudência, caem-se no formalismo exarcebado e desnecessário, prejudicando o fim último da Licitação, que é a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração. Há dois extremos em que o administrador não pode recair. Um é o desprezar o devido processo licitatório em cada caso, e o outro é o de apegar-se ao procedimento como um fim em si mesmo. A Licitação é um instrumento para se alcançar o objetivo traçado pela administração.

Em sendo a Licitação uma série ordenada de atos, o *caput* do art. 4º da lei 8.666/93 diz: *Todos quantos participem de Licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta Lei[...]* Tal dispositivo faz alusão ao “due process of law”, exigindo da administração o cumprimento exato do procedimento previsto na lei, no regulamento e no edital, dando-lhe, com isso, a concepção de que a arbitrariedade nas decisões é restringida através da observância de uma série ordenada de formalidades, as quais possibilitam a todos os interessados a oportunidade de manifestar-se.⁴

Assim, o princípio do “devido processo legal” legitima o licitante a socorrer-se de meios expedidos de controle externo, quando haja ameaça de lesão ao seu direito subjetivo, desde que preencha os pressupostos do processo judicial e as condições que legitimam o exercício do direito de ação e atue oportunamente. A função deste dispositivo é restringir o poder estatal e dificultar-lhe a adoção de atos arbitrários.

O problema é que o formalismo, ao se aplicar a lei, supera o formalismo na lei. Vê-se, normalmente, mais exigências do administrador que a da própria norma, a exemplo de editais que fazem exigências inimagináveis, talvez por um excesso de zelo, mas podendo com isso eliminar propostas interessantes à Administração, sem falar que tais formalismos geram uma série de recursos com efeito suspensivo, os quais provocam dificuldade no seguimento da Licitação, imobilizando a Administração Pública.

A lei de licitações disciplina com muita minúcia os

procedimentos a serem adotados para a consecução da melhor proposta para a Administração, deixando o mínimo de liberdade ao executor da lei. E, nisso, percebe-se que há um formalismo exarcebado. Com o devido cuidado em não afrontar o princípio da isonomia e tendo observância naqueles descritos no art. 3º da lei, as decisões a serem tomadas pela comissão de Licitação devem estar voltadas ao objetivo a que se propõe o procedimento licitatório, que é a obtenção da vantagem para administração pública.

O problema do formalismo não está inserto somente nos procedimentos licitatórios. Na atividade jurisdicional, há também rituais a serem seguidos, discriminados nos códigos de processo. No entanto, há uma preocupação em que as decisões excessivamente formalistas impeçam o deslinde mais sereno e justo, quanto às lides postas à apreciação do Judiciário, pois para o Direito, enquanto instrumento de justiça, é realizar a própria justiça, torná-la efetiva. No direito processual civil, pretende-se amenizar o formalismo mediante o princípio da instrumentalidade das formas processuais, pelo qual o juiz pode considerar válida forma diversa da determinada na lei, tendo em vista sempre alcançar a finalidade da norma.

Ensina o professor Marçal Justen Filho que, na medida do possível, deve-se promover, mesmo de ofício, o suprimento de defeitos de pequena monta, os quais nem sempre representam motivo para invalidade, inabilitação ou declassificação. O professor Carlos Ari Sundfeld também revela preocupação com o problema do formalismo, quando ressalta que a Licitação não deve ser conduzida pelo culto vazio, pelo rigorismo estéril e sem conteúdo. O excesso de formalismo deve ser encarado como um problema a ser solucionado, para que a lei de licitações não se torne instrumento de injustiça. Assim, pequenas falhas formais desde que não maculem, nem comprometam a clareza e a honestidade das propostas, podem ser admitidas, pois não se terá prejuízo se puderem ser supridas ou esclarecidas na sessão de julgamento, à vista de todos os licitantes.

4. A VANTAGEM NA PROPOSTA DE MENOR PREÇO

De acordo com o objeto da Licitação e as necessidades da administração serão definidos os tipos a serem adotados para cada caso. A regra geral das

⁴ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres, *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 45

licitações no Brasil é a do tipo menor preço, por direito mandamento legal. Todavia, é comum a discussão de que nas licitações do tipo menor preço a Administração adquirirá produtos de má qualidade, em virtude de estar relacionado o baixo preço a produtos de má qualidade.⁵

Na Licitação do tipo menor preço, a proposta mais vantajosa corresponde à que, preenchendo os requisitos constantes do edital oferecer menor preço exequível. Este tipo permite que a escolha da proposta seja o mais objetivo, dificultando uma apreciação discricionária por parte da Comissão. No entanto, a administração corre sério risco de não obter a proposta mais vantajosa, se for observada meramente a oferta do menor preço. O perigo de se adjudicar o objeto da Licitação à proposta de menor preço é que poderia a administração estar abdicando da “qualidade”, contratando serviços ou adquirindo produtos que serão mal utilizados pela administração.

Tendo em vista a imperiosa exigência legal de que o ato convocatório deve conter critérios objetivos para o julgamento das propostas, é imprescindível à administração apontar requisitos mínimos de aceitabilidade do objeto. São exigências técnicas mínimas, as quais não terão nota ou pontuação. Para que se evite uma proposta imprestável, quando for adotado o critério “menor preço”, é necessário que, no edital, constem critérios de admissibilidade a serem aferidos após a fase de habilitação, num momento anterior ao julgamento das propostas de preço. Com isso, o julgador não se prende, meramente, ao menor preço ofertado, se este não expressar o produtor solicitado pela administração.⁶

À primeira vista, quando se adota o tipo menor preço, pode-se pensar que o único aspecto a ser observado é meramente o menor valor nominal da proposta, contudo o critério de julgamento para esse tipo não pode ser exclusivamente o menor preço em todas as ocasiões. Problemas surgem quando o instrumento convocatório é mal elaborado, impreciso, assim a administração deve acautelar-se, tendo em vista evitar formulações inadequadas a respeito da forma de apurar o melhor preço.

Há produtos e serviços no mercado que possuem qualidade reconhecidamente incontestável, mas que não podem ser expressamente solicitados no edital em vista da vedação legal constante do art. 7º, § 5º da Lei nº 8666/93, o qual proíbe que se inclua objeto com indicação de marca, salvo exceção constante do art. 15, I, que trata da padronização, para a qual a administração pode indicar a marca para que seja dada continuação da já existente, em função de questões práticas.

O primeiro item para se obter uma proposta compatível com o interesse público é descrever bem as características do objeto que se pretende adquirir, salientando-se, porém a importância de se ter o cuidado em não dirigir a Licitação para fornecedor determinado. Nas licitações de compras é perfeitamente admissível a apresentação de amostra. Essa análise deve ter por base critérios pré-estabelecidos no instrumento convocatório, sob pena de se infringir os princípios da legalidade e vinculação ao instrumento convocatório. Deve a administração basear-se em elementos concretos, em vantagens economicamente mensuráveis e matematicamente calculadas no julgamento, de acordo com o admitido no instrumento convocatório, pois sem vantagem efetiva para a administração será ilegal a admissão da proposta mais cara.

A Administração não se obriga a adquirir produtos imprestáveis, para tanto devem estar explícitos no edital todos os requisitos de qualidade que deve apresentar o objeto, expresso por durabilidade, facilidade na execução, conservação e operação, funcionalidade, adequação ao interesse público e segurança. O agente público não é autômato, portanto deve desprender-se da letra da lei, ser mais inteligente que ela. Aplicar a norma não significa uma atividade mecânica, mas a compreensão de valores veiculados por meio dela.

É interesse da sociedade que o Poder Público atue de modo sério, atendendo ao princípio da eficiência; para tanto, deve haver um esforço constante na busca da satisfação dos interesses da sociedade. A Licitação, nesse contexto, tem grande importância, uma vez que envolve gasto público, vale lembrar, remunerado pelo dinheiro do povo. Urge que tal gasto se dê de modo sério, em observância à finalidade do procedimento: encontrar a melhor proposta para a Administração.

⁵ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. A Qualidade na Lei de Licitações: O Equívoco em Comprar pelo Menor Preço, sem Garantir a Qualidade. Disponível em: <http://jusnavigandi.com.br/dourina>. Acesso em 15 fev. 2002

⁶ MEIRELLES, H. L. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 79

Esse texto foi extraído da monografia exigida para conclusão do curso de Direito.

FONTES CONSULTADAS:

BRASIL. Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências – com redação dada pela Lei 8883/94 e alterações introduzidas pela Lei nº 9648/98. Ed. Companhia Editora de Pernambuco, 1999.

FERNANDES, J. U. J. A Qualidade na Lei de Licitações: O Equívoco em Comprar pelo Menor Preço, sem Garantir a Qualidade. Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br/doutrina>. Acesso em: 28 ago. 2001.

JUSTEN FILHO, M. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2000.

MEIRELLES, H. L. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

MOTTA, Carlos Coelho Pinto da. A Contratação Vantajosa para Administração Pública. *Revista Forum Administrativo*, São Paulo nº 2, abril, 2001.

PEREIRA JÚNIOR, J. T. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

SILVEIRA, E. M.; FIGUEIREDO, L. V. F (org.). *A Discricionariedade e os Princípios da Razoabilidade e da Motivação. Princípios Informadores do Direito Administrativo*. São Paulo: NDJ, 1997.

SUNDFELD, CARLOS ARI. *Licitações e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1996.