



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA - UEPB  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ  
CURSO DE DIREITO**

**GABRIELA GUEDES CAMPOS**

**AMOSTRAS NAS LICITAÇÕES: uma análise à luz  
do pregão**

**CAMPINA GRANDE - PARAÍBA  
2010**

**GABRIELA GUEDES CAMPOS**

# **AMOSTRAS NAS LICITAÇÕES: uma análise à luz do pregão**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba – UEPB, como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

**Orientadora:** Prof<sup>a</sup> M.Sc. Juliana Fernandes Moreira

**CAMPINA GRANDE – PARAÍBA  
2010**

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

C198a Campos, Gabriela Guedes.  
Amstras nas licitações [manuscrito]: uma análise à luz do pregão / Gabriela Guedes Campos.– 2010.  
80 f.  
Digitado.  
Trabalho Acadêmico Orientado (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2010.  
“Orientação: Profa. Ma. Juliana Fernandes Moreira, Departamento UACTA/CCTA/UFCG”.

1. Direito 2. Licitação 3. Pregão I. Título.

21. ed. CDD 340

# AMOSTRAS NAS LICITAÇÕES: uma análise à luz do pregão

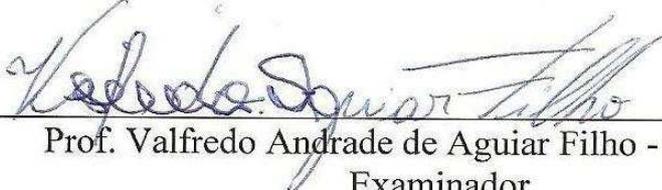
Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba – UEPB, como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

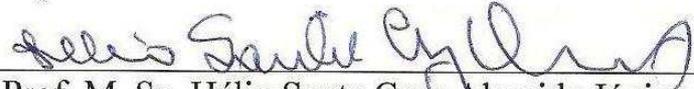
Resultado: APROVADA

Monografia aprovada em: 01/12/ 10

## BANCA EXAMINADORA

  
Prof.<sup>a</sup> M. Sc. Juliana Fernandes Moreira – UACTA/CCTA/UFCG  
Orientadora

  
Prof. Valfredo Andrade de Aguiar Filho - CCJ/UEPB  
Examinador

  
Prof. M. Sc. Hélio Santa Cruz Almeida Júnior – CCJ/UEPB  
Examinador

*A Deus, senhor da minha vida e da eterna  
bondade.*

*A minha família, pelo amor e carinho que  
sempre me dedicou, da maneira mais completa  
e irrestrita.*

*Aos meus amigos, pelo apoio e  
companheirismo.*

## AGRADECIMENTOS

À Deus, meu refúgio e força, onde sempre encontrei respostas para os meus problemas.

Ao meu pai, Marcos, um ser humano ideal, e minha madrastra, Mônica, exemplo de garra, coragem e esperança, que em nenhum momento mediram esforços para realização dos meus sonhos, que me guiaram pelos caminhos corretos ensinando-me a fazer as melhores escolhas.

Aos meus amados irmãos, Felipe, Matheus, José Hélio e Yanca, pelo carinho e incentivo.

A meu namorado, Ângelo, admirável em essência, pelo estímulo que me impulsionou a buscar vida nova a cada dia e por ter aceito se privar de minha companhia pelos estudos, concedendo a mim a oportunidade de me realizar ainda mais.

Aos meus amigos, fundamentais apoiadores e incentivadores nessa caminhada.

A minha orientadora, Juliana Fernandes Moreira, pela confiança conferida e atenção de sempre, pelas palavras de estímulo a pesquisa, dedicação e entusiasmo demonstrado ao longo deste trabalho, bem como pelos ensinamentos, sem os quais esse projeto não teria se concretizado.

**“Apesar dos nossos defeitos, precisamos enxergar que somos pérolas únicas no teatro da vida e entender que não existem pessoas de sucesso e pessoas fracassadas. O que existem são pessoas que lutam pelos seus sonhos ou desistem deles.”**

Augusto Cury

## RESUMO

Desde a inclusão da Licitação no Direito Público Brasileiro até a contemporaneidade os poderes Legislativo e Executivo, amparados pela doutrina e jurisprudência, seja de forma mais ou menos incisiva, através de diversos atos normativos, se propuseram a institucionalizar a licitação. Esta, quando obrigatória, antecede a contratação de serviços, aquisição de bens ou execução de obras, visando a escolha da melhor proposta para administração pública, protegendo, assim, o interesse público, garantindo a moralidade administrativa e proporcionando igualdade de oportunidades para aqueles que desejam contratar com a Administração. Embora a licitação se proponha a resguardar o interesse público, assegurando, em outras palavras, a qualidade dos bens, tem se tornado comum deparar-se ou obter notícias que o serviço não pode ser executado, que o objeto não é útil para o fim a que se propôs, apresenta defeitos, o que acarreta descredibilidade nas compras públicas, com a conseqüente violação do interesse público e do próprio procedimento licitatório que antever a contratação. Diante do quadro atual de descaso com a qualidade dos bens e serviços adquiridos, surgem no meio jurídico calorosos debates questionando se a qualidade pode ser aferida, no processo licitatório, apenas pela análise documental. Alguns doutrinadores afirmam que não é, muitas vezes, possível apenas pela avaliação de documentos aferir a real qualidade do objeto. A forma ideal de garantir a qualidade e assim satisfazer o interesse público é através da solicitação das unidades para testes físicos. No entanto, o uso de amostras nas licitações é tema bastante controverso, pelo fato de não haver disposição legal a respeito, o que faz surgir vertentes favoravelmente a apresentação das mesmas, assim como posicionamentos contrários. Tais discussões são ainda mais evidentes na modalidade pregão, em virtude desta primar pela celeridade e economia. Dessa feita, avalia o presente trabalho monográfico, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade jurídica da utilização das amostras nas licitações, sobretudo na modalidade licitatória pregão presencial e eletrônico, por intermédio da reunião de posicionamentos doutrinários e jurisprudencial sobre a temática, abordando, entre outros aspectos, a plausibilidade prática, o confronto com os princípios licitatórios pátrios e o momento mais adequado para sua apresentação.

**Palavras-chaves:** Licitação. Amostras. Pregão.

## ABSTRACT

Since the inclusion of the study of Bidding in Brazilian Public Law until the present days, the legislative and executive branches, supported by doctrine and jurisprudence more or less forceful, through various normative acts, proposed to institutionalize bidding. This one, when required, predates the contracting of services, purchase of goods or works, in order to choose the best offer for public administration, thereby protecting the public interest by ensuring the administrative morality and providing equal opportunities for those who wish to contract with the administration. Although the bid is proposed to safeguard the public interest by ensuring, in other words, the quality of the objects, has become commonplace to encounter or get news that the service can not be executed, the object is not useful for the purpose it aims, defects, resulting incredibility in government purchase, with the consequent violation of the public interest and the actual bidding process which anticipate the hiring. Given the current stage of neglect with the quality of purchased objects and services, there are strong debates in juridical society wondering if can quality be measured in bidding process, only by documental analysis. Most of the times, some scholars say it's not possible only by the document evaluation to assess the actual quality of the object. The ideal way to ensure quality and thus meet the public interest is through the application of units for physical tests. However, the use of samples in bidding is very controverted, because there are no legal provisions about it, which gives rise to favorable aspects of the bidding presentation, and contrary positions. Such discussions are even more evident in the trading mode, because of the speed and economy of it. Thus, this monograph aims to evaluate, under Brazilian legal system, the juridical possibility of using samples at auctions, especially in trading and electronic bidding modality, through the meeting of doctrinal and jurisprudential positions about the issue, addressing, among other aspects, the practical plausibility, the confrontation with the patriotic bidding principles and the most appropriate time for its presentation.

**Keywords:** Bidding. Samples. Trading.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS LICITAÇÕES NO DIREITO BRASILEIRO</b> .....	13
2.1 ORIGEM DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.....	13
2.1.1 Origem da Modalidade Concorrência .....	16
2.1.2 Origem do Pregão .....	16
<b>3 LICITAÇÃO</b> .....	18
3.1 CONCEITOS E FINALIDADES.....	18
3.2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA LICITAÇÃO.....	21
3.2.1 Princípio da Legalidade.....	23
3.2.2 Princípio da Impessoalidade.....	23
3.2.3 Princípio da Moralidade e da Probidade Administrativa.....	24
3.2.4 Princípio da Igualdade ou Isonomia.....	25
3.2.5 Princípio da Publicidade.....	26
3.2.6 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório.....	27
3.2.7 Princípio do Julgamento Objetivo.....	28
3.2.8 Princípio da Adjudicação Compulsória.....	29
3.2.9 Princípio do Sigilo na apresentação das Propostas.....	30
3.2.10 Princípio do Procedimento Formal.....	31
3.2.11 Princípio da Competitividade.....	31
3.2.12 Princípio da Supremacia do Interesse Público.....	32
3.2.13 Princípio da Eficiência.....	32
3.3 BREVE ANÁLISE DAS MODALIDADES LICITATÓRIAS.....	33
3.3.1 Concorrência.....	34
3.3.2 Tomada de Preços.....	35
3.3.3 Convite.....	36
3.3.4 Leilão.....	38
3.3.5 Concurso.....	39
3.3.6 Pregão.....	40

<b>4 AMOSTRAS NAS LICITAÇÕES</b> .....	42
4.1 CONCEITO E FINALIDADES .....	43
4.2 AMPARO LEGAL.....	44
4.3 DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS.....	46
4.4 POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL do TCU.....	53
<b>5 AMOSTRAS NO PREGÃO</b> .....	58
5.1 O PREGÃO COMO MODALIDADE LICITATÓRIA.....	58
5.2 FORMAS DE REALIZAÇÃO DO PREGÃO.....	63
5.2.1 Pregão Presencial.....	63
5.2.2 Pregão Eletrônico.....	64
5.3 POSSIBILIDADE DE AMOSTRAS NO PREGÃO PRESENCIAL E ELETRÔNICO .....	67
5.3.1 Posicionamentos Doutrinários.....	67
5.3.2 Posicionamento Jurisprudencial do TCU.....	72
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	76
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	78

## 1 INTRODUÇÃO

---

Diversos acontecimentos no Setor Público deixam perplexa a sociedade como um todo. Infelizmente, comumente temos a constatação da precária qualidade dos bens adquiridos pela Administração Pública. Deparar-se ou obter notícias que o serviço não pode ser executado, que o objeto não é útil para o fim a que se propôs, apresenta defeitos, parece ter se tornado situação corriqueira. Tal fato acarreta incredibilidade nas compras públicas, com a consequente violação do interesse público e do próprio procedimento licitatório que antevê a contratação.

Frente a tal conjuntura é que a Administração Pública precisa, salvo nos casos previstos em lei, antes de firmar contratos, realizar procedimento através do qual será selecionada a melhor proposta, ou seja, está obrigada a licitar. É nesse momento que será dada igualdade de oportunidade para os que desejam contratar com a Administração, e, posteriormente, será selecionada a proposta mais vantajosa para a mesma, longe de qualquer pessoalidade, escolha abusiva e precária.

A licitação, como se vê, é instituto de inquestionável estima que se encontra regulamentado pela Lei 8.666/93 (Lei Federal das Licitações e Contratos Administrativos), tendo por modalidades: concorrência; tomada de preços; convite; concurso; leilão; e, pregão. Esta última, que se propõe a acelerar o certame licitatório é a mais moderna espécie do gênero licitação, desdobrando-se na forma presencial e eletrônica.

Verificada a importância do presente instituto, que por si só apresenta-se demasiadamente controverso no ordenamento jurídico brasileiro, e o quadro atual de descaso com a qualidade dos bens e serviços adquiridos, surgem, no meio jurídico, calorosos debates questionando se a qualidade pode ser aferida, no processo licitatório, apenas pela análise documental.

Nessa esteira, alguns doutrinadores nacionais afirmam que não é, muitas vezes, possível apenas pela avaliação de documentos garantir a qualidade do objeto. A forma ideal

de certificar a qualidade e assim satisfazer o interesse público é através da utilização de amostras na licitação. Dessa maneira, seria preciso uma avaliação física do bem (amostra), quando não possível constatar a qualidade por meio somente da descrição do objeto contida no edital. No entanto, esta utilização de amostras nas licitações não é questão consolidada, mas, sim, objeto de grandes controvérsias, principalmente na modalidade pregão, devido a ausência de previsão legal.

Nessa direção, questiona-se: é possível ou não a utilização das amostras nas licitações, especialmente na modalidade licitatória pregão? Acolhendo essa possibilidade, qual o momento ideal para apresentação da amostra, sobretudo na modalidade licitatória pregão?

Diante das indagações supracitadas, algumas respostas possíveis são propostas com vistas a elucidá-las: a) É possível juridicamente utilizar amostras nas licitações, em caráter excepcional, de forma justificada, inclusive na modalidade licitatória pregão presencial. No entanto, não há possibilidade de amostragem no pregão eletrônico; b) Não há possibilidade jurídica da utilização de amostras nas licitações, mais especificamente na modalidade licitatória pregão, tanto o presencial como o eletrônico; c) Ante a possibilidade jurídica da utilização de amostras nas licitações, em caráter excepcional, de forma justificada, sobretudo na modalidade licitatória pregão presencial, o momento para apresentação é na fase classificatória.

Verifica-se, pois, controvérsias, que, por sua vez, fazem surgir os mais diversos posicionamentos doutrinários.

Assim sendo, alguns doutrinadores asseveram ser impossível utilizar a amostragem, pela falta de embasamento legal, pois a Administração Pública está atrelada a legalidade estrita (Princípio da Legalidade), ou seja, só pode fazer o que está previsto em lei. Ademais, aliado a este argumento, advoga que admitir tal possibilidade configuraria infringência a celeridade e economia a serem observadas durante o rito procedimental licitatório. Outros entendem que embora não haja previsão expressa é admissível realizar teste físico, legitimando tal prática no princípio da eficiência, bem como, no da supremacia do interesse público, desde que de forma excepcional e justificada. Ainda existem os que asseveram haver, embora não expressamente, autorização na Lei 8.666/93 para a amostragem.

Ponto crucial da temática também é a mais recente modalidade de licitação: pregão. Aqui a discussão ganha mais enfoque em virtude do pregão ter sido institucionalizado objetivando a celeridade. Assim, há aqueles que rechaçam a possibilidade de amostra no pregão, enquanto outros coadunam do entendimento de não haver prejuízo a agilidade do mesmo, desde que a exigência da amostra se faça no momento de julgamento e classificação das propostas ao colocado em primeiro lugar.

Diante de todas as nuances expostas, torna-se mister uma análise acerca do tema, com o objetivo de analisar no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de utilização de amostras nas licitações, a ser alcançada pela retratação histórica das licitações no Direito Brasileiro, exame da compatibilidade da amostragem no procedimento licitatório, em face dos princípios que o norteiam, por meio dos posicionamentos doutrinários, sobretudo na modalidade licitatória pregão presencial e eletrônico, bem como a identificação do momento de apresentação da amostra.

Desse modo, o presente trabalho monográfico encontra-se dividido em seis capítulos, quais sejam: a) Evolução histórica das licitações no direito brasileiro, abordando a institucionalização deste instituto aspirando introduzir o leitor neste universo das licitações; b) Licitação, no qual se conceitua licitação mediante a exposição das vertentes dos doutrinadores nacionais, bem como seu escopo e princípios correlatos. Por fim, serão observados os aspectos mais acentuados que circundam as modalidades licitatórias; c) Amostras nas licitações. Nesse momento será dada evidência às amostras no procedimento licitatório, trançando a possibilidade de sua utilização, diante da ausência de previsão legal, através de entendimentos doutrinários e posicionamento jurisprudencial; d) Amostras no pregão, no qual vários desdobramentos deste instituto serão analisados, tais quais: sua origem, formas de realização e possibilidade de amostragem, tendo como parâmetros a doutrina e jurisprudência do TCU; e, e) Considerações finais.

## 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS LICITAÇÕES NO DIREITO BRASILEIRO

---

A inserção na temática do presente trabalho monográfico carece de prévia análise de pontos basilares, sem os quais, não seria viável, de forma lógica e congruente, possuir real conhecimento e compreensão do instituto licitatório. Dessa feita, com propriedade, será abordada a evolução histórica da licitação no nosso ordenamento jurídico pátrio, demonstrando em qual conjuntura histórica surgiram os diplomas legais e a visão destes, ao longo do tempo, acerca do procedimento.

### 2.1 ORIGEM DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

Na Idade Média reside a gênese do procedimento licitatório. A esta época os Monarcas dos Estados Medievais utilizavam o chamado sistema de Vela e Pregão, considerado como a origem da licitação e que embora não configure os moldes atuais, por ser rudimentar, incontestavelmente apresenta pontos similares, como a busca pela proposta mais vantajosa e isonomia entre os concorrentes.

Segundo o referido sistema, os particulares interessados em contratar com a administração deveriam comparecer, após aviso do local, dia e hora, para ofertar propostas enquanto uma vela se mantivesse acesa. Cessada a chama, seria vencedor aquele que houvesse por último feito a oferta de menor preço (DI RENZO *apud* MOTTA, 2008, p.27)

Nas Ordenações Filipinas, em 1522, era demonstrada a preocupação do administrador em utilizar mecanismos que viessem a propiciar a escolha da melhor proposta com vistas a futura execução de obras, fornecimento de serviços ou compras, entendida esta como a de maior vantagem econômica para a administração (menor preço), como se depreende da

seguinte previsão de Motta: “Em fazendo obra, primeiro andar em pregão para se dar a empreitada a quem houver de fazer de melhor e por menos preço” ( 2008, p. 3).

No Brasil, a Lei de 29 de agosto de 1828, em seu artigo 5º, embora expressamente não fizesse menção à licitação, seguiu a mesma linha das Ordenações Filipinas. Ou seja, trouxe a baila a exigência do Poder Público contratar a execução de obras convocando os particulares interessados, por meio de editais, proclamando vitorioso aquele que apresentar a proposta mais condizente com o interesse público.

Art. 5º Aprovado o plano de algumas referidas obras, imediatamente será a sua construção oferecida a Empresários por via de Editais Públicos, e, havendo concorrentes, se dará a preferência a quem oferecer maiores vantagens (BRASIL, 1828).

De forma propriamente dita, a licitação foi inserida na órbita do ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº. 2.926/1862, regulador das “arrematações dos serviços a cargo do então Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas” (DOURADO, Márcia Almeida. Licitações no Brasil. Disponível em:<<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1196>>. Acesso em: 09 de agosto de 2010.)

Mostrou-se imperioso o Decreto nº. 4.536/1922, instituidor do Código de Contabilidade Pública, de âmbito federal, regulamentado pelo Decreto. nº. 15.783/1922, visto que trouxe consigo, em meio a muitos dispositivos, preceitos, atos, finalidades, que até o presente norteiam o certame licitatório. No entanto, naquele momento o termo utilizado não era licitação, e, sim, Concorrência, o que posteriormente foi ajustado.

A partir de então, sucessivos decretos se propuseram a regulamentar a licitação, como veremos a seguir. O Decreto-Lei nº. 200, de 25 de fevereiro de 1967 enunciou normas gerais acerca do procedimento em comento e dos contratos administrativos, versando de forma original sobre a licitação Internacional.

Em 1986, o Decreto-Lei nº. 2.300/86, depois alterado pelos Decretos-leis 2.348/87 e 2.360/87, tracejou de maneira mais elaborada o rito procedimental, compilando normas gerais e específicas aplicáveis em âmbito federal, o que operacionalizou o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos.

Nesta progressão legislativa, a licitação efetivamente avança com o advento da Constituição Federal de 1988. Esta Lei Maior fez alusão direta nos art. 22, XXVII, art. 37,

XXI, e, art. 175 e indireta no art. 195, § 3º, ao aludido procedimento, e, além de constitucionalizá-lo, sobretudo lhe conferiu observância obrigatória por parte da Administração Direta e Indireta.

Em obediência ao artigo 22, XXVII, sancionou-se a Lei nº.8.666/93, de 21 de junho de 1993 (Lei Nacional de Licitações), ora em vigor. Esta fonte legislativa, que gere o regime jurídico do procedimento licitatório, disciplinando as suas espécies, sofreu várias alterações, por Medidas Provisórias e Emendas, sendo a mais recente a MP nº.495, de 19 de julho do corrente ano.

Art. 22 Compete privativamente à União legislar sobre:

[...] XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no Art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do Art. 173, § 1º, III (BRASIL, 1988).

Diante desse panorama, vê-se que desde a inclusão da licitação no Direito Público Brasileiro até a contemporaneidade os poderes Legislativo e Executivo, amparados pela doutrina e jurisprudência, seja de forma mais ou menos incisiva, através de diversos atos normativos, se propuseram a institucionalizar o certame ora tratado, logrando estabelecer diretrizes e parâmetros condizentes com o contexto social, político e econômico. Em verdade, à medida que vai se solidificando no consciente dos gestores a necessidade de reduzir os gastos e de primar pelo interesse público, cumprindo de forma eficiente o seu papel, nasce uma relação mais estável entre os particulares e aqueles, o que é refletido indiretamente no âmbito jurídico, por meio de norma precisa, eficaz, anti-arbitrária, capaz de otimizar o procedimento, bem como cominar segurança jurídica a todos.

Notadamente, a referência histórica propicia a tradução da atual configuração jurídica das licitações. Com este intento, importante se faz o conhecimento acerca de algumas espécies licitatórias.

### 2.1.1 Origem da Modalidade Concorrência

O primeiro vislumbre da licitação na ordem jurídica nacional foi sob a titulação de concorrência, como se depreende da Lei de 29 de agosto de 1828, em seu artigo 5º. O termo licitação não era empregado na qualidade de gênero, como o é hoje. Na realidade, utilizava-se a denominação Concorrência. Nesse contexto, o Regulamento de Serviços de Energia Elétrica, editado pelo Decreto 41.019/57, previa, no dispositivo 71, a possibilidade do ente federal dispor de procedimento concorrencial para explorar os serviços de energia elétrica, e a Lei 4.320/64, no seu artigo 70, estabelecia que o setor público estivesse sujeito, quando da compra de materiais, execução de obras ou serviços, a concorrência.

Art. 71 O Governo Federal poderá realizar concorrências públicas para o estabelecimento e exploração de serviços de energia elétrica, referentes a um sistema conjunto ou a uma de suas partes, nas zonas não compreendidas nas regiões de centralização, quando não houver requerente idôneo da concessão, e nos casos: I - de haver mercado sem suprimento de energia elétrica; II - de caducidade, reversão ou encampação da concessão, ou restrição de zona concedida (BRASIL, 1957).

Como se observa, havia uma desordem terminológica já que a expressão concorrência era utilizada significando licitação. Esta confusão perdurou por considerável tempo, cessando com a Lei 4.401/64 que retificou a terminologia outrora empregada, passando, assim, a considerar licitação gênero e concorrência espécie desta. Já reconhecida com status de modalidade, o que lhe confere maior especificidade, e um arsenal de regras próprias, foi, em 1965, mediante a EC nº 15 a Constituição de 1946, elevada a nível Constitucional. Salutar apontar que o legislador se valeu, em alguns momentos, do termo “Concorrência Pública”, optando, hoje, tão somente, por “Concorrência”.

### 2.1.2 Origem do Pregão

À procedência do pregão remonta a época medieval em virtude do Sistema de Vela e Pregão. Este, embora precário, assemelha-se ao que figuramos na contemporaneidade como Pregão. De fato, hodiernamente, o apregoamento, transparecendo celeridade e a escolha pelo maior lance ofertado mantém-se.

No Brasil, esta é a mais recente modalidade licitatória. E, como tal, surgiu com a Lei nº. 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), que através dos seus dispositivos 54 e 56, instituiu o uso do Pregão para a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) convencionar a aquisição de bens e serviços de engenharia civil. Posteriormente, com a Lei Federal nº. 9.986/00, em seu artigo 37, a citada possibilidade foi estendida as demais Agências Reguladoras, não mais se restringindo àquela.

Em conformidade com o teor da Constituição Federal de 1988, surge a Medida Provisória nº. 2.026/00, introdutora, na esfera da União, da inovadora espécie. Em seguida, esta foi transformada na Medida Provisória nº. 2.108/00 e, por fim, na Medida Provisória nº. 2.182/01, palco de contínuas alterações, vindo a ser convertida na Lei nº. 10.520, de 17 de julho de 2002.

O atual diploma que rege o Pregão, Lei nº. 10.520/2002, conjuntamente com a Lei 8.666/93 veio a atender os anseios dos diversos segmentos sociais, mais precisamente os potenciais licitantes, sedentos por uma desburocratização. Nesse instante, não mais se admitia vinculação a mecanismos complexos distantes da agilidade e flexibilização. Era preciso reduzir tempo e despesa.

Foi neste cenário que a espécie em foco, destinada a compras e contratações de bens e serviços comuns, desdobrou-se na *forma presencial*, outrora regulamentada pelo Decreto nº. 3.555/00 alterado pelos Decretos nº. 3.693/00 e 3.784/01 e na *forma eletrônica*, regulamentado pelos Decretos 5.450/05 e 5.504/05.

Os referidos desdobramentos, demonstrando adequação a realidade, trouxeram inversão de fases, verbalização ou virtualização das ofertas, maior competitividade e minoração de dispêndios públicos. Por esta razão, encontra a Lei do Pregão ótima receptividade.

## 3 LICITAÇÃO

---

Nesse capítulo trataremos da conceituação de licitação e finalidades da mesma. Abordaremos, ainda, os princípios que norteiam tal instituto jurídico.

### 3.1 CONCEITO E FINALIDADES

Para a execução de suas atividades a Administração Pública não age isoladamente. Não detentora de aparato patrimonial suficiente e destinada a tornar viável a concretização de seus deveres, é auxiliada por outros setores, com os quais realiza contratações.

As referidas Contratações possuem como objeto a aquisição e alienação de bens, execução de obras e fornecimento de serviços. Embora estes ajustes façam parte da rotina administrativa, não se perfazem de forma simplória como ocorre no domínio particular. Neste liame, é inconcebível o administrador contratar o que desejar, como e com quem ansiar. Não goza, pois, de discricionariedade, devendo observância a certas formalidades antecedentes a contratação.

A obediência a critérios objetivos justifica-se diante da responsabilidade que tem o Poder Público de gerir os interesses coletivos. Deve, assim, buscar sempre o que for mais vantajoso, oportuno e satisfatório para a sociedade. Ademais, o afastar do livre arbítrio do agente administrativo redundaria em uma conseqüente minoração das fraudes e maior destreza com os recursos públicos, uma vez que frente a regras, respectivamente, privilégios dificilmente serão concebidos e atenuado é o descompassado compromisso com a gestão do dinheiro.

Nessa esteira, prima-se por uma contratação vantajosa, em termos de custos e benefícios, trilhada por um caminho permeado por regras. Este caminho a ser seguido pela Administração Pública até a contratação é a licitação.

Etimologicamente, pode ser atribuída à licitação múltiplos significados. Como nos ensina Motta: “Quer-nos parecer que quase todos estão ligados a idéia de *oferecer, arrematar, fazer preço sobre a coisa, disputar ou concorrer*” (2008, p.1).

Sob o prisma legal do art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988 e art.3º, da Lei 8.666/93, a licitação é definida como um procedimento administrativo prévio a ser observado pelos entes públicos, quando da contratação de obras, serviços, alienações e compras, conferindo igualdade de oportunidades para aqueles que desejam com ela contratar e garantindo, posteriormente, que será selecionada a proposta mais vantajosa, longe de qualquer pessoalidade, escolha abusiva e precária.

Doutrinariamente é possível constatar que não há conceito unívoco. Os estudiosos pátrios, especializados em Direito Administrativo, formulam seus conceitos acerca do instrumento jurídico em comento. E, tão somente a partir das expressões de cada um destes se torna razoável vislumbrar seu sentido. Analisemos alguns desses conceitos.

Carvalho Filho, com maestria define 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 (2010, p.256).

Aduz Justen Filho que licitação é:

Um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção da proposta de contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica (2009, p.374).

Mello, por sua vez, ensina que licitação

É o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados (2007, p.505).

Extrai-se dos conceitos transcritos certa uniformidade. Sem o intuito de padronizar o juízo que cada doutrinador faz da licitação, é oportuno asseverar que todos advogam no sentido de que esta se trata de uma sucessão de atos jurídicos (procedimento administrativo) preparatórios à contratação por parte da Administração Pública, através do qual, de acordo

com as etapas e condições preordenadas e respeitando os princípios norteadores, será selecionada a proposta mais vantajosa e, portanto, satisfatória ao interesse público, proporcionando, neste instante, oportunidade para que os interessados de forma igualitária concorram e lhes sejam garantido, sobremaneira, um certame probo.

A Administração Pública, dentre as suas atribuições possui a de adquirir, alienar, locar e executar obras ou serviços. Para tanto, como visto, utiliza-se do rito procedimental licitação. Este, por sua vez, como se infere dos traços acentuados pela doutrina e pelo texto legal, está evitado de finalidades. Isso mesmo, essa técnica seletiva não é um fim em si mesmo, assenta-se em objetivos a serem drasticamente perseguidos.

A Lei 8.666/93, em seu artigo 3º, averba que:

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, 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 (BRASIL, 1993).

Infere-se, dessa maneira, que o texto normativo vincula o certame licitatório a dois fitos, quais sejam: escolher a melhor proposta para administração pública, promovendo o crescimento comum, e proporcionar igualdade de oportunidades aqueles que desejam fornecer serviços, bens ou executar obras para com a Administração.

Sob essa perspectiva, os especialistas não são silentes. Manifestam-se no mesmo sentido da faceta legislativa. Assim, como Mello (2007) e Di Pietro (2001), Meirelles (2002) firma que a finalidade da licitação é selecionar a proposta mais vantajosa e propiciar as mesmas oportunidades aos interessados em contratar com a Administração Pública, garantindo absoluta igualdade entre eles.

À luz das disposições consolidadas entende-se que o Poder Público está restrito a uma finalidade econômica e outra isonômica. A primeira diz respeito ao dever de aceder à proposta mais vantajosa. Esta, no entanto, não se pauta exclusivamente no critério da menor onerosidade. Assim sendo, é considerada mais vantajosa aquela de menor custo e que, ao mesmo tempo, acarreta uma prestação eficiente, completa e de qualidade, assegurando o interesse coletivo. Molda-se, pois, uma relação custo-benefício.

O segundo intuito licitatório, de igual relevância, alude a isonomia entre os licitantes, significando, que todos os interessados em contratar com o ente administrativo devem ser tratados sem distinções, afastando-se qualquer vantagem, em detrimento dos demais. Mediante rígidos critérios pré-fixados será escolhido dentre os licitantes apenas um. Nesse momento, afirma-se que um deles possuiu diferencial em relação aos outros, sem implicar, entretanto, em uma diferenciação imprópria. Dando respaldo a esta concepção, aduz o mestre Justen Filho, que:

Há equívoco em supor que a isonomia veda diferenciação entre os particulares para contratação com a Administração Pública. 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 (2009, p. 376).

Como se vê, a isonomia retrata a busca pelo tratamento igualitário aos licitantes, sem, contudo, deixar de diferenciá-los sob o ponto de vista objetivo, o que não significa que houve discriminação, tão somente um critério objetivo selecionou, vez que, não são iguais, embora sejam tratados da mesma maneira, o mais apto a atender os anseios do órgão licitante.

### 3.2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA LICITAÇÃO

Configuram os princípios, do ponto de vista técnico-jurídico, postulados essenciais ao sistema jurídico através dos quais normas são interpretadas e criadas, propiciando a harmonização lógica do conjunto normativo. Inegável é, pois, a importância desses preceitos.

Dada a sua relevância, todos os institutos jurídicos, inclusive os do Direito Administrativo, são tracejados por estas proposições. Sob essa premissa, denota-se que a licitação está, assim, orientada por princípios.

Os postulados constituem balizas a serem observadas pela Administração Pública no desempenho de uma de suas mais proeminentes funções, a licitação. Nesse instante, informam o procedimento a ser seguido pelo gestor público, delimitando, deste modo, a sua atuação, assim como definindo as diretrizes que devem se pautar para interpretar e aplicar as regras acerca do procedimento seletivo em questão. Na realidade, exprimem valores, padrões éticos, que orientam esta atividade administrativa, caracterizando-a e lhe conferindo validade.

Tais princípios estão esculpidos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, dedicado a estabelecer os princípios aplicáveis a todo e qualquer procedimento administrativo, dentre os quais faz-se presente a licitação, e, no artigo 3º, *caput*, da Lei 8.666/93, atinente a prescrever os princípios específicos da licitação. Dessa forma, são igualmente admissíveis às licitações os princípios elencados pelo texto constitucional e pela lei disciplinadora deste universo. Esta, por seu turno, além de reproduzir alguns princípios de ordem constitucional, a exemplo da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, acresceu outros, como o da probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo.

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 [...] (BRASIL, 1988).

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, 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 (BRASIL, 1993).

Importante aclarar que o derradeiro diploma legal positivou os princípios licitatórios por meio de um rol meramente exemplificativo e não taxativo. Isso significa que não só incidem os elencados expressamente pelo artigo 3º (princípios explícitos ou expressos) como também aqueles que, embora implícitos ou atinentes a outro tema, são extraídos do âmbito administrativo por possuírem de alguma forma conexão com a licitação (princípios implícitos ou não-expressos ou correlatos).

No que se refere aos Princípios Correlatos, embora dissintam os Administrativistas, são considerados como tais os princípios do procedimento formal, da competitividade, do sigilo na apresentação das propostas, da adjudicação compulsória, da eficiência e da supremacia do interesse público.

### 3.2.1 Princípio da Legalidade

Alicerce fundamental de um Estado Democrático de Direito e fator condicionante à sedimentação e garantia dos direitos individuais é o Princípio da Legalidade. Nos dizeres de Motta, “O princípio da legalidade é a pré-condição indispensável do Estado Democrático de Direito” (2008, p.101).

No Direito Público, a legalidade, com amparo Constitucional, configura uma limitação a toda atuação administrativa. Por essa forma, na gestão dos interesses coletivos o administrador público está completamente submisso às disposições legais vigentes. Isto é, só pode atuar se estiver autorizado por lei, não podendo agir contra ela, nem além dela, sob pena de nulidade. Esta é a chamada legalidade estrita.

Gasparini, em síntese ímpar acentua que: “A Administração Pública só pode agir na presença de uma lei e não basta só isso: tem que agir na presença da lei e agir como e quando a lei determinar” (2008, p.436).

Alguns estudiosos, como, Di Pietro (2001), afirmam que a lei está em seu sentido amplo. O termo “lei” abrange também princípios constitucionais, resoluções, decretos, medidas provisórias, por exemplo, não se confundindo com o Princípio da Reserva Legal. Ao revés, Mello (2007) vê o emprego do termo em sentido restrito.

A licitação possui suas fases, condições e procedimentos disciplinados em lei. Dessa feita, o gestor público e os licitantes estão sujeitos aos mandamentos desta, vedada a discricionariedade, se concretizando, pois, a submissão à ordem jurídica do procedimento licitatório. Velam por este princípio os artigos 4º e 41, da LNL, que impõem observância rigorosa ao procedimento estipulado e às normas e condições do instrumento convocatório.

### 3.2.2 Princípio da Impessoalidade

Mello (2007), dentre outros doutrinadores, perfilham do entendimento de que o princípio da impessoalidade nada mais é do que o próprio princípio da isonomia ou igualdade. Por conseguinte, deve a Administração Pública atribuir aos administrados, no procedimento licitatório, igual tratamento. Desse modo, de forma impessoal o agente público conduzirá a licitação, fortalecendo, em consequência, a proscrição de critérios e condutas que venham a conceder favorecimentos, discriminações, privilégios e represálias.

Por sua vez, Carvalho Filho (2010) e Meirelles (2002) advogam que para haver materialização da impessoalidade como faceta da isonomia é pressuposto lógico e irrefutável o Poder Público perseguir o fim legalmente previsto para o ato. No mesmo sentido, leciona Justen Filho que: “A impessoalidade é a emanção da isonomia, da vinculação a lei e ao ato convocatório e da moralidade” (2009, p.378).

No tocante à licitação, a Administração tem por finalidade selecionar a proposta mais vantajosa, ou seja, aquela que melhor atenda ao interesse público. Alcançando-se este fim, perfaz-se, nesse momento, a impessoalidade, uma vez que não visando o interesse particular, afastada está a discricionariedade e o subjetivismo. Reconhece-se aqui a associação do princípio da impessoalidade ao da finalidade.

De acordo com o quadro em tela, vê-se que o princípio da impessoalidade é apontado sob diversos aspectos. Sob qualquer destes, é imprescindível ater que salvaguarda os valores ansiados pela isonomia, desencadeando uma disputa justa enfocada esta exclusivamente na satisfação do interesse público.

### 3.2.3 Princípio da Moralidade e da Probidade Administrativa

Embora o Estatuto das Licitações em seu artigo 3º tenha se referido separadamente ao Princípio da Moralidade e da Probidade Administrativa, levando a crer que conformam princípios díspares, comungam os doutrinadores Mello (2007) e Justen Filho (2009) do ideal de que, mais que um elo, estes fundam um só postulado em sua essência. Portanto, serão tomados sob o mesmo aspecto.

Um dos pilares do ordenamento jurídico pátrio incide em adotar condutas compatíveis com valores fundamentais consagrados. É crucial que a sociedade adote condutas probas, honestas. Sob esse enfoque, a gestão administrativa deve estar permeada por padrões éticos. Os agentes públicos precisam exercer a atividade administrativa imbuídos de honestidade, honradez, retidão, seriedade, lealdade e boa-fé. Este é o significado basilar da Moralidade e Probidade Administrativa.

Aquilata-se que em razão de figurar como gestor dos interesses públicos, os administradores não só estão sujeitos a uma moralidade comum como a uma moralidade administrativa, isto é, além do dever de respeito aos valores sociais estão subordinados a um modelo ético imposto pela própria administração, indissociavelmente garantindo uma boa gestão da coisa pública.

Para assegurar, sobretudo, o interesse público, e assim coibir interesses próprios, conluíus, preferências, encontram respaldo nas licitações o princípio da Moralidade e Probidade Administrativa. No conduzir do certame o Poder Público e os licitantes estão obrigados a adotarem conduta ética, sob pena de acarretar a nulidade do ato ou do procedimento.

Mello agrega que:

O princípio da moralidade significa que o procedimento licitatório terá de se desenrolar na conformidade de padrões éticos prezáveis, o que impõe, para a administração e licitantes, um comportamento escorreito, liso, honesto, de parte a parte (2007, p.514).

Cabe destacar que apesar de cogente não é suficiente agir conforme as regras previstas, ou seja, não basta obediência as normas (princípio da legalidade), é preciso atentar para os preceitos morais. Nesse diapasão, as condutas para serem válidas não só devem ser legais como também se pautarem de padrões éticos. Observa Justen Filho que: “A moralidade soma-se a legalidade. Assim, uma conduta compatível com a lei, mas imoral, será inválida” (2001, p.71).

### 3.2.4 Princípio da Igualdade ou Isonomia

Em um Estado Democrático de Direito é assegurado, como direito fundamental, a igualdade. Esta, de índole Constitucional, com fulcro no art.5º, incide sob todas as esferas, inclusive a administrativa. Na qualidade de atividade administrativa, a licitação deve observância à isonomia entre os concorrentes. É o que se vê expressamente no artigo 37, XXI, da Constituição Federal de 1988.

Na seara licitatória o princípio em comento garante igualdade de condições aos licitantes. Isso implica em dizer, inicialmente, que todos os interessados em contratar com a Administração podem participar do certame. E mais, será dispensado o mesmo tratamento aos que estiverem competindo, dissipada qualquer discriminação.

Enuncia-se da isonomia a preservação do real caráter competitivo da licitação, visto que é aberta a oportunidade de afluir para todo e qualquer administrado interessado, e a oferta de maior segurança aos participantes, que assim inserem-se em uma relação equilibrada, pautada sob os mesmos critérios, cláusulas e condições.

Ilustrando o postulado abordado, a Lei 8.666/93, em seu artigo 3º, §1º, I e II, vedou a inclusão nos instrumentos convocatórios de condições ou cláusulas que acarretem discriminação e acabem por frustrar a competição (I), além de não admitir tratamento diferenciado de qualquer natureza entre empresas brasileiras e estrangeiras (II).

Art. 3º [...]

§1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991 (BRASIL, 1993).

### 3.2.5 Princípio da Publicidade

Com guarida Constitucional no artigo 5º, XIV e XXXIII, preconiza este princípio que a Administração Pública deve adotar conduta anti-sigilosa, ou seja, tem a obrigação de agir com clarividência. Isso se justifica, inicialmente, pelo fato do Administrador exercer função pública, e, assim, não operando em nome próprio, mas em defesa da sociedade, naturalmente ter que dar ciência das suas ações ao titular do direito (coletividade). Excepcionalmente, como afirma a Carta Magna, a transparência será inviabilizada em nome da segurança nacional.

A margem da publicidade, quando a Administração Pública pratica o procedimento licitatório não é diferente. Todos os atos e termos da licitação serão transparentes, sob pena de tornar-se sem efeito jurídico. Desse modo, o desenrolar do certame deve ser visível aos interessados.

Para atender esse ensinamento, o legislador determinou, em diversos preceptivos, que as rígidas fases da licitação fossem públicas, salvo o teor das propostas, até a sua abertura. É o que estatui, em meio a outros, o artigo 3º, §3º, da LNL, quando menciona que “A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.”; Art. 21, I, da LNL, exigindo a publicação do resumo dos editais licitatórios em repartições com um mínimo de antecedência;

Art. 43, §1º, da LNL, rezando que a abertura dos envelopes de documentação será realizada sempre em ato público previamente designado; Art. 61, parágrafo único, da LNL, consignando a obrigatoriedade de publicação resumida dos contratos ou de seus aditamentos.

Existindo perfeita aplicação do princípio ora tratado, constata-se que dele emana a fiscalização e a isonomia. Exatamente pela possibilidade de divulgação plena dos fatos pertinentes ao instituto da licitação é que se torna viável aos interessados, sejam estes participantes da disputa ou administrados alheios a esta, verificarem se estão de acordo com a legalidade os atos praticados, podendo, do contrário, impugnar. Ademais, na proporção que se expõe as informações acerca do certame licitatório, amplia-se a oportunidade para que um maior contingente de pessoas possam dela participar.

### 3.2.6 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório

Destinado a propiciar segurança e regularidade ao certame licitatório, bem como repelir prováveis violações a impessoalidade, moralidade e probidade administrativa, é que os administrados interessados em contratar com a Administração e a própria devem estar atrelados ao que dispõe o ato convocatório. É o que explicita o artigo 41, caput, da LNL.

Art. 41 A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada (BRASIL, 1993).

O instrumento convocatório é, em regra, o edital, podendo ser carta-convite se a modalidade licitatória for o convite. Nele está inserido o objeto da licitação, as condições para participação, critérios de julgamento das propostas, regras sobre o contrato. Enfim, todos os parâmetros a serem seguidos ao longo do certame estarão aqui dispostos.

Na clássica lição de Meirelles, “O edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes quanto a Administração que o expediu. É impositivo para ambas as partes e para todos os interessados na licitação” (2002, p.35).

Em razão desse cunho vinculante é que a Administração não pode exigir o que não foi solicitado, e, igualmente, não pode aceitar oferta além do permitido, nem dispensar exigência formulada. Ademais, proíbe-se que durante o procedimento as regras previamente fixadas sejam descartadas ou inovadas. Naturalmente, essencial é a precisa correspondência entre o estipulado no instrumento convocatório e o desenvolvimento do procedimento.

Distante da perfeição, a lei da licitação pode apresentar falhas. Constatadas estas, devem ser corrigidas, se oportuno, com aditamento ou novo edital, e, desde que comprometa as ofertas, preciso se faz a reabertura do prazo e republicação.

### 3.2.7 Princípio do Julgamento Objetivo

É sabido que toda licitação visa escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Para tanto, essa seleção deve estar adstrita aos critérios de ordem objetiva estabelecidos no edital ou carta-convite, vinculando todos os envolvidos no certame. Dessa maneira, apresenta-se o princípio do julgamento objetivo como consectário do princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Assinala Meirelles que: “É princípio de toda licitação que seu julgamento se apóie em fatores *concretos* pedidos pela Administração em confronto com o ofertado pelos proponentes dentro do permitido pelo edital” (2002, p.36). E acrescenta:

O princípio do *julgamento objetivo* afasta o discricionarismo na escolha das propostas, obrigando os julgadores a se aterem ao critério prefixado pela Administração, levando sempre em consideração o interesse do serviço público, os fatores qualidade, rendimento, eficiência, durabilidade, preço, prazo, financiamento, carência e outras condições pertinentes pedidas ou admitidas pelo edital (2002, p.36).

Nessa linha, o princípio do julgamento objetivo preconiza que as propostas sejam apreciadas e julgadas pela comissão de licitação segundo elementos objetivos, de qualidade econômica e/ou técnica (“melhor técnica”; “menor preço”; “menor preço e melhor técnica”; “maior lance ou oferta”) prefixados no ato convocatório. Com isso, enfatiza-se o profundo nexos entre o princípio em pauta e os princípios da impessoalidade e igualdade, pois, limita a discricionariedade administrativa, uma vez que o julgamento não ficará a margem de subjetivismos, favorecimentos, interesses pessoais, ao contrário, será decidido de acordo com fatores seletivos instituídos.

Encontra respaldo o julgamento objetivo nos comandos legais do Estatuto das Licitações.

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.

§ 1º É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes (BRASIL, 1993).

[...]

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).

Perspicaz é a observância de Mello (2007) asseverando não ser possível uma objetividade absoluta, salvo quando o critério for unicamente o de menor preço, visto que, quando se afere qualidade, técnica, rendimento, relega-se, ainda que minimamente, ao campo pessoal.

### 3.2.8 Princípio da Adjudicação Compulsória

Finda a licitação, a Administração irá revisar todos os atos praticados no transcurso dela, verificando se é passível de revogação ou nulidade. Aferida a regularidade, será o certame confirmado, ou seja, homologado. Em seguida, a autoridade competente irá atribuir ao vencedor a obra, serviço ou compra objeto da licitação. Este ato formal através do qual é entregue ao classificado em primeiro lugar a atividade é denominado de adjudicação.

A entidade licitadora está obrigada a adjudicar ao vitorioso do procedimento licitatório, e somente a este. Em consequência, só poderá contratar com o adjudicatário. Adverte-se que por desistência expressa deste ou por não assinatura do contrato dentro do prazo imposto, salvo se houver motivo justo este será preterido. Aliada a vedação de realizar novo certame enquanto válida a adjudicação antecedente, configura-se a sua compulsoriedade.

Esse ato não gera para aquele que ofertou a proposta mais vantajosa o direito de contratar com a Administração. Em verdade, há uma mera expectativa de direito, que poderá ser frustrada por interesse público quando a licitação for revogada, anulada ou adiado o contrato. Dessa maneira, não está o Poder Público constringido a firmar o contrato, e, sim, a contratar, se houver interesse na celebração, com o adjudicatário. Como bem consigna Meirelles:

O que a administração não pode é contratar com outro que não seja o adjudicatário enquanto válida a adjudicação, como também não lhe é permitido revogar ou anular o procedimento licitatório nem protelar indefinidamente a assinatura do contrato *sem justa causa*, assim entendidas a invalidação arbitrária da licitação ou protelação abusiva do contrato (2002, p.37).

Dissentem alguns doutrinadores, como Carvalho Filho (2010) e Justen Filho (2009) do entendimento supramencionado. Certificam que a homologação do procedimento licitatório por traduzir o interesse em contratar, e sua posterior adjudicação, despertam o direito imediato a contratação. Não aperfeiçoado o contrato, surge para o vencedor direito a indenização, se averiguado a existência do prejuízo.

Por fim, o princípio da adjudicação compulsória transparece nos artigos 50 e 64, §2º, da Lei 8.666/93, que, igualmente, impedem a preterição e permitem o chamamento dos remanescentes a contratar diante de recusa ou atraso.

### 3.2.9 Princípio do Sigilo na apresentação das Propostas

O artigo 3º, da Lei 8.666/93, ao relacionar os princípios inerentes a licitação, não se refere ao sigilo das propostas. Este, na realidade, faz parte dos intitulados de “Correlatos”. Mesmo diante dessa omissão é de inegável importância, vez que consolida a igualdade entre os licitantes e a objetividade do julgamento.

Elidida estaria à igualdade se permitido ao licitante conhecer previamente as ofertas dos participantes, visto que passaria a ter vantagem sobre os demais, ferindo a própria competitividade. De igual modo, se os julgadores pudessem obter ciência antes do momento oportuno das propostas, maculada de subjetivismo estaria a seleção destinada a proteger o interesse público por meio de escolha objetiva.

Sob pena de comprometer as finalidades basilares do instituto licitatório, cuidou o legislador de conferir sigilo as propostas. No teor do artigo 3º, §3º, da LNL, o conteúdo das propostas é de caráter sigiloso, só podendo tornar-se público após a sua abertura. O mesmo diploma, porém, não restringiu o sigilo das propostas, estendendo também a documentação, nos termos do artigo 43, §1º, *in verbis*:

A abertura dos envelopes contendo a documentação para habilitação e as propostas será realizada sempre em ato público previamente designado, do qual se lavrará ata circunstanciada, assinada pelos licitantes presentes e pela Comissão (BRASIL, 1993).

De se destacar que eventual descumprimento ao princípio em exame além de figurar um ilícito penal, conforme o art.94, da Lei 8.666/93, dá azo a anulação do certame ou de seu julgamento.

### 3.2.10 Princípio do Procedimento Formal

Como procedimento administrativo que é a licitação, está permeada pelo formalismo. Com efeito, possui caráter legalista, isto é, rege-se pelos mandamentos legais. Não seria viável uma regular licitação se não houvessem regras a serem perquiridas. Seriam violados os postulados que fundamentam este universo, suprimindo a própria razão de ser deste. Em conformidade com estes dizeres, clara é a redação do art. 4º, da LNL.

Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

Parágrafo único. O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública (BRASIL, 1993).

Em atendimento ao princípio em comento, todas as etapas da licitação carecem de obediência às disposições legais, compreendidas estas como lei em sentido amplo. A essa rigidez formal subordinam-se a Administração e os participantes do procedimento seletivo que, dessa maneira, encontram-se impedidos de subverter as normas procedimentais.

Assim, impositiva é a observância da lei, sob pena de decretação de nulidade ou inabilitação ou desclassificação dos concorrentes. No entanto, deve existir uma ponderação, até porque seria incompatível com o aspecto instrumental da licitação um formalismo extremado. Nesse sentido, formalidades inúteis ou nulidades que não ocasionem danos ao interesse público ou aos licitantes devem ser desprezadas. Corrobora com este pensamento Motta, ao afirmar que: “Entretanto, no procedimento licitatório não se deve louvar o formalismo exacerbado. A anulação do procedimento só deve ter lugar se houver ocorrido lesão aos cofres públicos” (2008, p.102).

### 3.2.11 Princípio da Competitividade

A licitação tem como escopo selecionar a proposta de maior vantagem. Para tanto, é pressuposto lógico a existência de diversas ofertas, por ser inconcebível uma escolha sem opções.

Nesse liame, figura a competitividade como basilar ao procedimento licitatório. Arrola-se a este princípio, também conhecido como da oposição, caráter de sustentáculo da

licitação. Assim, não resta dúvidas ser fundamental a concorrência. Reforça Toshio Mukai que: “[...] tão essencial à matéria que, se, num procedimento licitatório, por obra de conluio, faltar a competição (ou oposição) entre os concorrentes, falecerá a própria licitação, inexistirá o instituto mesmo” (2009, p.32).

Em conseqüência, quanto maior a disputa, mais eficiente será a seleção e vantajosa a proposta vencedora. Por esse motivo, com esteio no artigo 90, da Lei 8.666/93, qualquer medida que venha a fraudar, restringir ou frustrar o caráter competitivo é punível.

Pondera-se que para efetivo confronto mister é a igualdade entre os licitantes. E a razão é simples: se é conferido a todos os interessados direito de participar em paridade, o mecanismo competitivo propriamente dito se consolida. Dessa feita, o princípio da competitividade está correlacionado ao princípio da igualdade.

### 3.2.12 Princípio da Supremacia do Interesse Público

Partindo do referencial que a Administração pública tem como destinatário final o corpo social, fácil é constatar que está voltada ao interesse público. É em benefício da coletividade que deve atuar, dando suporte ao Estado do bem comum.

Por força do princípio da supremacia do interesse público, havendo conflito de fato ou de direito entre o interesse particular e o interesse público, deve este suplantar aquele. Logo, o princípio em foco prima pelas pretensões coletivas.

A referida primazia, no entanto, não deságua na supressão dos interesses individuais. Estes, de fato, embora vistos como secundários, espelham direitos fundamentais e, assim, devem ser preservados. Evidente é, nesses termos, uma precisa conciliação dos interesses.

É sob a égide da supremacia do interesse público que se justifica a licitação. Se não houvesse a impostergável necessidade de velar pelo interesse público, não haveria porque sair em busca de satisfazê-lo por meio da escolha de propostas.

### 3.2.13 Princípio da Eficiência

A evolução da concepção de gestão administrativa está refletida diretamente na ordem jurídica. Esta, através de normas infraconstitucionais, concebe um Estado não só voltado a gerenciar os interesses coletivos, mas a satisfazê-los de modo eficiente.

Nesse cenário, em harmonia com a realidade, a nova ordem constitucional, por meio da Emenda da Reforma Administrativa (EC nº19/98), consagra o Princípio da Eficiência. Segundo este, os agentes públicos no exercício da atividade administrativa devem empregar meios modernos capazes de conferir celeridade e maior produtividade, primando, simultaneamente, pela redução dos gastos públicos e pela qualidade.

Esclarece Mello que:

[...] Tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência (2007, p.118).

No que tange a licitação, é esse o momento oportuno para aferir e certificar a eficiência da futura execução de serviço, obra ou compra. Isso porque a Administração, na tentativa de selecionar a proposta mais vantajosa ao interesse público, atenta e opta por aquela que lhe proporcionará menor custo, maior qualidade e presteza. Assim, no sistema licitatório se exterioriza o princípio da eficiência na busca da concretização de sua finalidade mor.

### 3.3 BREVE ANÁLISE DAS MODALIDADES LICITATÓRIAS

A Lei Nacional de Licitações prevê, em seu artigo 22, o que tecnicamente se denomina de modalidades. Estas são espécies do gênero licitatório, verdadeiros subsistemas que guardam características próprias.

Dotadas de um procedimento específico, cada uma delas possui estrutura condizente com os objetivos a serem alcançados e com o objeto do contrato. De acordo com os ensinamentos de Justen Filho, “As diferenças procedimentais retratam a necessidade de adequar a disciplina do procedimento licitatório as características do objeto a ser contratado e do critério de julgamento consagrado” (2009, p.388).

São cinco as modalidades licitatórias de acordo com a Lei 8.666/93, quais sejam: convite, tomada de preços, concorrência, concurso e leilão. Ainda existe uma inovadora modalidade, o pregão, disciplinada pela Lei 10.520/2002, totalizando seis.

O rol assentado pela supramencionada norma é taxativo. Não se admite a criação de outras modalidades licitatórias bem como a combinação entre as já existentes, como expressamente impõe o artigo 22, §8º, da LNL.

Diante de tal divisão feita pelo legislador, é preciso conhecer as espécies, suas peculiaridades mais relevantes, a fim de propiciar um panorama geral e melhor interpretação da licitação. Busca-se, neste momento, apontar as principais especificidades.

### 3.3.1 Concorrência

Essa modalidade licitatória deve ser escolhida pela Administração, em regra, considerando o valor do contrato. Excepcionalmente, será considerada a natureza deste. Em virtude disso, torna-se inerente à Concorrência a ampla participação, a publicidade e a complexidade procedimental.

No que diz respeito à regra, nos informa a LNL que se destina a Concorrência as contratações de obras e serviços de engenharia que possuam valor superior a R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) ou inferior a R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais), para os demais contratos.

Considerando o objeto do contrato, sujeita-se à Concorrência a compra e venda de bens imóveis, independente do valor, ressalvado o disposto no art. 19, da LNL (bens imóveis originários de procedimento judicial ou dação em pagamento processa-se pelo Leilão), concessão de direito real de uso, licitações internacionais salvo quando de acordo com as exceções legais couber tomada de preços ou convite, concessão de obras públicas, concessão de serviços públicos e concessão florestal a título oneroso. Ademais, será obrigatória quando as parcelas da licitação possuírem valor total apropriado para a Concorrência.

Segundo o artigo 22, §1º, da Lei 8.666/93, quaisquer interessados podem participar da licitação, não se exigindo registro administrativo, desde que atenda aos requisitos do edital. É a dita Universalidade. Assim, independente de estar cadastrado ou não no órgão público poderá competir aquele que desejar.

Para viabilização da referida universalidade é indispensável que haja uma larga publicidade. Isso decorre de um encadeamento lógico, pois, para se ter o maior número de proponentes é preciso divulgar o instrumento convocatório do certame por período mais longo que nas demais modalidades.

A publicação do edital será feita no Diário Oficial da entidade estatal que realizará a licitação e em jornal de grande circulação do local a executar o serviço ou obra, nos termos do

artigo 21, I, II e III, da Lei 8.666/93, com antecedência mínima de 30 dias, se o tipo de licitação for “menor preço”, ou, 45 dias, quando o tipo de licitação for “melhor técnica” ou de “melhor técnica e preço”. Vale frisar que com vistas a aumentar a competição, e, desde que conveniente, é permitido ultrapassar esta forma estipulada e utilizar-se de outras, observado o valor da concorrência.

Quanto à complexidade procedimental, destaca-se a necessidade de uma habilitação preliminar. Configura uma fase inicial onde serão apresentados os documentos exigidos pela lei e edital a serem analisados por uma Comissão de Julgamento. A Lei 8.666/93, em seu dispositivo 27, prevê que será obrigatória documentação relativa à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal.

Vê-se que a habilitação prévia tem como desígnio aferir as condições de cada participante. É através dela que será espelhada a situação jurídica do interessado.

Verificada a idoneidade dos concorrentes, haverá o julgamento das propostas por uma Comissão. Poderá ser permanente ou não, formada por, no mínimo, três membros, dos quais dois obrigatoriamente serão servidores da Administração.

Por todo o exposto, fica claro que os traços mais marcantes que permeiam a Concorrência são: Necessidade de habilitação prévia; Comissão para Julgamento; Ampla publicidade; e, Participação. Assim também declara Meirelles: “Seus requisitos peculiares são *a universalidade, a ampla publicidade, a habilitação preliminar, a idoneidade dos concorrentes, o julgamento por Comissão*” (2002, p.74).

### 3.3.2 Tomada de Preços

Tomada de Preços é modalidade adotada para os contratos com valor inferior ao estipulado para a concorrência, mas superior ao previsto para o Convite. Neste sentido, tem como objeto as contratações de obras e serviços de engenharia que possuam valor superior a R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) e inferior a R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) ou superior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) e inferior a R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais), para os demais contratos.

De acordo com o exposto acima, é escolhida a Tomada de Preços em razão do valor. No entanto, o próprio Estatuto prevê exceções. São situações que não irão considerar o valor do contrato, mas, sim, outros fatores. Assim, poderá ser empregada a espécie em exame se o objeto poderia ser processado por meio de Convite como consta no artigo 23, §4º, da LNL. Embora as licitações internacionais sigam, em regra, a Concorrência, será cabível Tomada de Preços desde que o contrato respeite os limites supracitados estabelecidos pelo artigo 23 e que o órgão ou entidade disponha de cadastro internacional de fornecedores.

Caracteriza-se como procedimento mais tênue do que a Concorrência em razão de reservar-se a contratos de porte intermediário. Visando fortalecer esta sumariiedade não há a dita universalidade da Concorrência. Encontra-se circunscrita a disputa apenas aos interessados devidamente cadastrados ou cadastráveis (aqueles que atendam as condições do cadastramento) até três dias antes da data de exposição dos envelopes.

Os registros cadastrais existem nos órgãos Públicos e devem ser atualizados anualmente. Quando o interessado em contratar com a Administração apresenta todos os documentos exigidos pela repartição cadastradora a ele será entregue Certificado de Registro Cadastral (CRC). Este certificado indica que o cadastrado está apto a concorrer nas futuras Tomadas de Preço, em qualquer órgão público, devido a sua universalidade. Surgindo a tomada, não haverá mais a habilitação prévia, basta ser apresentado o CRC onde constam os dados que lhe torna potencial licitante.

Assim como na Concorrência, há o dever de publicar o aviso do edital. Todavia, com relação a esta publicação verifica-se menor prazo. Será o edital divulgado com antecedência mínima de 30 dias, quando o critério de escolha for “melhor técnica” e “melhor técnica e preço”, e, de 15 dias, quando a modalidade de licitação for sob o critério do “menor preço”.

### 3.3.3 Convite

Configura-se dentre as modalidades da Lei 8.666/93 como a de menor formalismo, menor complexidade quanto ao *modus procedendi*. Isso deve principalmente ao fato de ser licitação para contratos de obras e serviços de engenharia que possua valor inferior a R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), ou R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), para os demais contratos.

Nessa simples espécie a Administração convocará para a disputa em princípio, no mínimo três interessados, cadastrados ou não, que atuem no ramo do objeto da licitação. Os

licitantes são escolhidos livremente pela Administração e serão convidados por escrito. Além dos convidados, é possível competir aquele interessado cadastrado junto aos órgãos administrativos, se manifestar seu interesse com antecedência de até 24 horas da data da apresentação das propostas.

Não possui edital, e sim carta-convite. Este é o instrumento convocatório, e, assim sendo, serão por ele convidados os três, no mínimo, pretensos licitantes. Não há publicação da carta-convite, até porque, como dito, os destinatários do Convite serão informados diretamente sobre o certame. No entanto, para possibilitar a participação dos não convidados, a Lei 8.666/93 exige que a cópia da carta-convite seja afixada em local apropriado na própria repartição responsável pela licitação. Ainda preconiza a lei que o prazo entre a expedição da carta-convite e a apresentação das propostas é de cinco dias úteis.

Haverá a possibilidade de licitação internacional por Convite quando o contrato possuir valor correspondente aos limites deste e, cumulativamente, não existir fornecedor do bem ou serviço em nosso país.

Quanto ao seu procedimento, em princípio, é dispensada a habilitação, o que já demonstra ser mais célere. Mas, se houver exigência, deverá ser acatada e apresentada à documentação. A abertura dos envelopes será público e o julgamento das ofertas realizado por comissão ou por servidor empossado para tanto.

Importante fazer menção a regra do artigo 22, §6º, da LNL, que evitando a participação sempre das mesmas empresas ou profissionais estabelece que se na praça houver mais de três interessados, ao ser feito outro convite tratando do mesmo objeto ou assemelhado, deve ser chamado mais um interessado cadastrado não convidado na última licitação.

Questão bastante polêmica envolve o §7º, do artigo 22, da LNL. Em uma interpretação literal dispõe que quando for impossível atingir o número mínimo de licitantes por razões de mercado ou desinteresse prossegue a licitação ou contrata-se diretamente, devendo o órgão administrativo justificar, sob pena de repetir o convite. Contrariamente, assevera o Tribunal de Contas da União que o dispositivo não aduz ao número de licitantes e sim a três propostas válidas. O referido Tribunal consubstanciou seu entendimento na Súmula 248.

Súmula 248 do TCU: Não se obtendo o número legal mínimo de três propostas aptas à seleção, na licitação sob a modalidade Convite, impõe-se a repetição do ato, com a convocação de outros possíveis interessados, ressalvadas as hipóteses previstas no parágrafo 7º, do artigo 22, da Lei nº 8.666/93.

### 3.3.4 Leilão

Trata-se de procedimento licitatório adequado, segundo o artigo 22, §5º, da LNL, para venda de bens móveis inservíveis a Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados ou para alienação de bens imóveis proveniente de procedimento judicial ou dação em pagamento.

Há dúvida quanto à definição de bens inservíveis para a Administração Pública. Para Gasparini,

[...] inservíveis são os bens imprestáveis, sem utilidades em si mesmos; os que, pelo uso, tornaram-se sucata. Os bens inservíveis se distinguem dos bens ainda em condições de uso, mas sem utilidade para a Administração Pública, sua proprietária, por força de um modelo de maior capacidade operacional, por exemplo (2006, p.560).

Ao revés, Di Pietro, entende que: “Os bens inservíveis não são necessariamente bens deteriorados, mas sim bens que não tem mais utilidade para a Administração” (2001, p.315).

Quanto aos bens apreendidos, entende-se que são aqueles objeto de fiscalização pela Administração, a exemplo de bem contrabandeado. No tocante aos bens penhorados, cabe o pensar de Justen Filho (2005) que dispõe sobre o erro judiciário evidente ao se referir a produtos “penhorados”, quando, na verdade, não se tratam destes, que, apreendidos em processo de execução, não podem ser alienados pela Administração.

Os bens imóveis, em regra, são licitados através da modalidade Concorrência. No entanto, se o imóvel for adquirido por procedimento judicial ou dação em pagamento, desde que seja avaliado previamente o bem licitado e esteja comprovada a necessidade ou utilidade da alienação, nos termos do artigo 19, da LNL, poderá ser utilizado o Leilão.

Identifica-se da leitura do artigo 53, da Lei 8.666/93, dois tipos de Leilão: Comum e Administrativo. O primeiro corresponde ao leilão cometido privativamente por um leiloeiro oficial, regido pela legislação federal pertinente a sua profissão (Decretos 21.981/32 e 22.427/33). O segundo é presidido por um servidor público designado pela Administração.

Preliminarmente à realização do leilão, os bens devem passar por uma avaliação. Essencial é tal procedimento para que se estabeleça um valor mínimo, e, só a partir de então, seja possível fazer as ofertas.

O edital do leilão deve ser publicado, no mínimo, 15 dias antes de sua ocorrência, em atendimento ao disposto no inciso II, do artigo 21, da Lei 8.666/93. Com intuito de gerar

maior contingente de ofertantes, faz-se vasta divulgação. Acrescenta-se que o edital deverá trazer consigo o dia, hora e local do pregão e descrever os bens a serem leiloados.

Diversamente do que ocorre com a Concorrência, não existe a habilitação preliminar, ou seja, inexigível é que os arrematantes comprovem idoneidade jurídica, financeira, técnica e fiscal. Isto decorre do fato do leilão ser procedimento que a venda é à vista ou a curto prazo.

Segundo Meirelles:

O que se pode exigir, quando não se pedir todo o pagamento à vista, é um depósito percentual do preço, que servirá de garantia do restante, e o arrematante o perderá se não contemplar o pagamento no prazo fixado no edital (2002, p.94).

Os lances serão verbais, sagrando-se como vencedor o que oferecer o maior lance, que, no mínimo, será correspondente ao da avaliação. Atesta-se, pois, ser do tipo maior lance ou oferta. Uma peculiaridade do leilão frente às demais espécies que pode ser exaltada é que vislumbra-se ser plenamente cabível mais de uma proposta por um mesmo licitante.

### 3.3.5 Concurso

Previsto no artigo 22, §4º, da Lei 8.666/93, o concurso é modalidade de licitação que visa à escolha de trabalho técnico, artístico ou científico. É, pois, espécie de caráter intelectual, que, diferentemente das demais espécies licitatórias, dispensa o menor preço e volta-se a melhor técnica para eleger uma habilidade, criatividade artística, capacidade eminentemente intelectual.

A Administração, quando da realização de um concurso, não está interessada, a princípio, em contratar, e sim a tão somente reconhecer o trabalho mais hábil do ponto de vista intelectual. Logo, descarta-se o fim econômico por parte da promotora da licitação. Para Justen Filho (2009) o concurso tem como fim impulsionar o desenvolvimento cultural ou obter resultado prático imediato.

O Estatuto das Licitações não determina o procedimento a reger o Concurso. No entanto, esclarece no artigo 52 que cada Concurso deverá conter um regulamento próprio. Este, a ser encontrado no local indicado pelo instrumento convocatório, conterá a qualificação exigida dos participantes, as diretrizes e a forma de apresentação do trabalho, bem como as condições de realização e os prêmios a serem concedidos.

A publicidade também está presente no Concurso. Será feita por meio de edital a ser divulgado na imprensa oficial e particular com antecedência mínima de 45 dias da sua realização. Requer-se aqui, até pelo próprio prazo, ampla divulgação, permitindo a participação de quaisquer interessados, como ocorre com a Concorrência.

A melhor atividade técnica, científica ou artística será selecionada por uma Comissão. Na conformidade do artigo 51, § 5º, da LNL, será uma comissão especial composta por servidores públicos ou não, com reputação ilibada e conhecedores da matéria. Advirta-se que com fim de matizar o inevitável subjetivismo, o julgamento será feito de acordo com os critérios fixados pelo regulamento.

Após a escolha o ente público tem o ônus de ofertar ao vencedor uma premiação ou remuneração como um incentivo e não contraprestação. Em consonância, afirma Justen Filho que: “No concurso, a premiação funciona como fator de incentivo aos possíveis interessados em participar do concurso. O prêmio tanto poderá consistir em bem economicamente avaliável como em honraria de outra natureza” (2009, p.394). Realizado o pagamento encerra-se a licitação.

Salienta-se que a entrega do prêmio ou remuneração ficará condicionada a cessão dos direitos patrimoniais do trabalho vencedor à administração permitindo a esta o seu emprego na forma que estipular o regulamento ou o ajuste para elaboração deste. Caso o projeto se refira a obra imaterial de cunho tecnológico, insuscetível de privilégio, a cessão compreenderá apenas todos os dados, documentos, elementos indispensáveis a tecnologia de concepção, desenvolvimento e aplicação de obra, nos termos do artigo 111, parágrafo único, da LNL.

No que se refere à execução do projeto vitorioso, haverá nova licitação sob a modalidade de Concorrência, Tomada de preço ou Convite, onde está impedido de competir o seu autor, mas podendo participar como consultor ou técnico.

### 3.3.6 Pregão

As modalidades licitatórias previstas na Lei 8.666/93 são imbuídas de lentidão. Mesmo no Convite, modalidade simplificada, contatava-se demora na escolha dos futuros contratantes. Diante dessa realidade, começaram reclamos por uma celeridade no processo licitatório, sobretudo nas aquisições simples.

Atento ao que se passava, o legislador inovou a ordem jurídica criando o Pregão. Inicialmente foi instituída no âmbito federal, pela Medida Provisória nº. 2.026/2000, que foi

renumerada para a Medida Provisória nº. 2.108/00, e, mais uma vez, para Medida Provisória nº. 2.182/2001. Posteriormente, a lei foi aprovada. Tivemos dois Decretos: Decreto nº. 3.555/2000, alterado pelo Decreto nº. 3.693/2000, convertido na Lei 10.520/02, quando, então, passou a atuar no âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Quanto a sua disciplina, o Pregão encontra-se regulado pela Lei 10.520/02. Portanto, tem procedimento próprio, diverso do da Lei 8.666/93. Ressalta-se que embora aquela norma seja especial e, portanto, conduz a modalidade em apreço, a Lei Nacional de Licitações não foi revogada, sendo aplicável subsidiariamente.

Trata-se de modalidade tomada não em função do valor, mas para a aquisição de bens e contratação de serviços comuns, pouco importando o custo. Dessa forma, não pauta-se de critério quantitativo e sim qualitativo.

Nos termos do artigo 1º da Lei do Pregão, bens e serviços comuns “são aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado.” Esta definição, porém, é imprecisa. Foi por tal motivo que expediu-se o Decreto nº. 3.55/2000 alterado pelos Decretos nº. 3.693/2000 e nº. 3.794/2001 que listou quais são os bens e serviços considerados comuns. Ainda assim, não foi suficiente, pois traz rol exemplificativo.

Quando a Administração estiver diante de hipótese em que caiba o Pregão, não estará obrigada a realizá-lo para futura contratação. Sua adoção é, pois, facultativa. Caso no uso de sua discricionariedade o órgão público opte pela não utilização, deverá eleger outra modalidade dentre as previstas na da Lei 8.666/93.

Conforme Carvalho Filho (2010), embora haja discricionariedade atestada pelo próprio texto da lei, esta quase desaparece levado-se em conta sua finalidade, qual seja: Celeridade.

A principal especialidade e vantagem do pregão reside na inversão de fases, possibilitando alcançar a desejável destreza. Isso porque, diferentemente das demais espécies, primeiramente escolhe-se a melhor proposta a ser apresentada em até 8 dias úteis da publicação do edital e só depois ocorrerá a habilitação.

Cumprir destacar que só existe no tipo preço e pode se dar na forma presencial ou eletrônica.

## 4 AMOSTRAS NAS LICITAÇÕES

---

É sabido que a Administração Pública não é auto-suficiente, e, assim, não executa as suas atividades isoladamente, ao contrário, precisa, muitas vezes, da participação de terceiros. Isto ocorre, sobretudo, quando o Poder Público precisa adquirir bens ou contratar serviços e obras.

De fato, a Administração vem a firmar contrato com os particulares. No entanto, antes da celebração do contrato, é preciso que o órgão público venha a decidir com quem irá contratar. Não trata-se de uma escolha pessoal, mas sim de uma seleção dotada de regras rígidas.

Busca-se, dessa maneira, evitar corrupção na escolha dos fornecedores, o que, na verdade, ocorre, como veiculam os noticiários nacionais, causando descrédito dos cidadãos brasileiros.

Em verdade, tal procedimento que antecede a contratação, não só se dispõe a selecionar aquele que irá executar a obra, serviço ou fornecer determinado bem, mas, principalmente, assegurar que será escolhida a proposta mais vantajosa ao interesse público.

Para que o procedimento licitatório alcance o seu fim maior, ou seja, selecione a proposta mais vantajosa, deverá se valer das regras estabelecidas no ato convocatório. Este fixará tudo o que interessa ao regular o desenvolvimento do certame, fazendo lei entre as partes. É o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório.

Nos termos do artigo 40, I, da Lei 8.666/93, cabe ao edital descrever criteriosamente o objeto a ser contratado. De fato, deve o Poder Público quando da sua elaboração disponibilizar informações técnicas que caracterizem o objeto, tornando possível aos concorrentes compreenderem o que se deseja adquirir e resguardar simultaneamente a qualidade do objeto.

Caso a descrição do objeto no edital demonstre-se faltosa, inexoravelmente a Administração adquirirá um objeto de qualidade duvidosa. Portanto, há pertinência intrínseca entre a descrição e a qualidade do bem. Por outro lado, se o bem está compatível com o que foi disposto no edital ou carta-convite, ele é de qualidade.

Conquanto entenda-se que a descrição adequada seja capaz de assegurar a qualidade do objeto, é sabido que nem sempre isto se concretiza. Muitas vezes minuciosas informações não são suficientes para atestar a qualidade do bem. O fato de seguir as informações do edital e comparar o bem com elas não garante necessariamente a satisfação do interesse público.

#### 4.1 CONCEITO E FINALIDADES

Ante a supracitada constatação e ciência do quadro atual de descaso com a qualidade dos bens e serviços adquiridos, indaga-se: Como então garantir esta qualidade? Nesse contexto, surge a amostra.

A Amostra pode ser definida pelos dicionários como “modelo”, “exemplar”. “resumo”. Este conceito, no entanto, não encontra respaldo jurídico. E sob o aspecto do procedimento licitatório não há definição no nosso ordenamento.

A doutrina, por sua vez, encarregou-se de conceituar amostra. No entendimento de Gasparini, Amostra “[...] é a unidade ou o protótipo do bem que o licitante vencedor, nos termos e condições do edital, entrega à Administração Pública para assegurar que o objeto do contrato será executado tal qual essa amostra” (2008, p.435). Esclarece, ainda, que unidade significa um exemplar e protótipo é algo inédito.

Depreende-se que a Amostra nada mais é do que a avaliação física do bem. Consiste em o licitante apresentar unidade ou protótipo para exame conforme o edital. Isso se deve em virtude de em certas situações ser complicado aferir a qualidade do bem tão só pela análise documental.

A Amostra expõe a preocupação do Administrador em garantir a qualidade do bem. Na realidade, é uma cautela adotada para que não haja dúvidas que o objeto obtido acolherá as finalidades que se espera.

Quanto a sua finalidade, a Amostra propõe-se a avaliar a efetiva qualidade do bem. Logo, é instrumento que possibilita ao Poder Público avaliar concretamente o bem e ter a certeza da sua boa qualidade.

Em feliz síntese, Gasparini assevera que:

[...] a finalidade da amostra é facilitar a avaliação pela Administração Pública da qualidade do bem que ela deseja. Essa é a finalidade ou a função da amostra. Facilitar, permitir que a Administração Pública de uma maneira mais fácil consiga avaliar, consiga a certeza da boa qualidade do bem que deseja – seja lá qual for o bem (2008, p.435).

Na mesma linha, Dr<sup>a</sup> Yara Darcy Police Monteiro registra que “[...] a amostra servirá para a verificação de compatibilidade da oferta com as especificações do edital, para fins de sua aceitabilidade [...]” (2000, p. 21).

#### 4.2 AMPARO LEGAL

Como sabido, é essencial existir um conjunto de informações claras no ato convocatório. Busca-se, por meio disso, deixar nítido o que pretende o administrador, afastando as possíveis dificuldades por parte dos interessados quando da apresentação da proposta. Concomitantemente, fulmina-se uma não correspondência entre o requerido e o proposto, assegurando a qualidade.

Diante da importância da descrição o órgão licitante não pode deixar de realizá-la. Assim, o Poder Público, na pretensão de contratar, deve descrever adequadamente no instrumento convocatório o que deseja obter. Não raras vezes, vai além desta incumbência e solicita avaliação técnica do objeto da licitação. Afere-se, pois, como comum a exigência de Amostras nos editais licitatórios.

Não se sabe ao certo qual é o procedimento adotado pela Administração Pública quando decide requerer amostras. Esta incerteza é proveniente da omissão legislativa. Isso mesmo, a Lei 8.666/93 não informa como se processa tal prática. Na verdade, esta não fala sequer em Amostra. É omissa quanto a seu conceito, como visto, e também quanto ao seu regime jurídico. Assim, mostra-se silente a lei quanto à amostragem.

Em face do exposto, é fácil concluir que a supramencionada praxe administrativa não encontra respaldo legal. Embora corriqueira, a prática de ordenar que o produto seja

apresentado e comparado, não se alicerça em dispositivo da Lei 8.666/93. A Lei 10.520/02 (Lei do Pregão) também não regulamentou a exigência de Amostras, silenciando-se como a LNL.

A ausência de embasamento legal é atestada pelos estudiosos como Santos que ensina: “Quanto à exigência de amostras no decurso de um procedimento licitatório, tanto a Lei nº 8.666/93 quanto à legislação citada não fazem qualquer menção, mas também não proibem” (2010, p.116).

Na tentativa de encontrar na legislação vigente guardada para as Amostras, alguns tratadistas, como, por exemplo, Gasparini (2008), afirmam que há, sim, dispositivo no Estatuto das Licitações para tanto. Tal arrimo não é expresso e está incerto no artigo 43, IV e V, da LNL. Partindo dessa premissa, seriam as Amostras legitimadas, ainda que indiretamente.

Nesse ensejo, Palmieri disserta que:

[...] as amostras nas licitações sempre causam certa controvérsia pelo fato de que as leis que estabelecem normas gerais sobre licitações (Lei nº 8.666/93 e Lei nº 10.520/02) não prevêm expressamente a possibilidade dessa exigência, bem como o rito procedimental a ser observado. Ocorre, entretanto, que há um tímido dispositivo da Lei nº 8.666/93 que, somado a um edital muito bem elaborado, poderá dar amparo à exigência de apresentação de amostras pelas licitantes (2006, p.943).

Art. 43 A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis; V - julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital (BRASIL, 1993).

O supracitado dispositivo dispõe sobre os procedimentos a serem seguidos pela Administração no julgamento das propostas. No inciso IV, impõe, entre outros, que as propostas sejam julgadas e processadas de acordo com as condições estabelecidas no edital. Assim sendo, a entidade ou órgão licitante classificará a proposta que atenda aos requisitos do edital quanto ao objeto. No inciso V, o legislador, como se pode constatar, transferiu para o edital o dever de traçar os critérios que serão condutores da escolha da proposta mais conveniente à Administração. Logo, é possível se ter como critério a Amostra. Esta funcionaria como meio de avaliar a conformidade do objeto com o edital.

### Reforça Joel de Menezes Niebuhr:

Pois bem, o referido dispositivo prescreve que a Administração deve verificar a conformidade da proposta com os requisitos do edital. Nesse sentido, a Administração deve verificar se a proposta apresentada por licitante atende as especificações do edital no que tange ao seu objeto. Para fazê-lo a Administração exige amostras dos objetos ofertados por ela, com o intuito de analisá-los concretamente. Em síntese, ainda que não diretamente, o inciso IV do artigo 43 da Lei nº 8.666/93 é que serve de fundamento para a exigência de amostras em licitação (NIEBUHR, Joel de Menezes. Parecer nº 228. Disponível em: <[http://www.fecam.org.br/consultoria/pareceres.php?cod\\_parecer=228](http://www.fecam.org.br/consultoria/pareceres.php?cod_parecer=228)>. Acesso em: 23 de set. de 2010).

Em face do exposto, indaga-se: Qual o fundamento legal para exigir a amostra? Em que se respalda a Administração para solicitar o teste técnico? Tais questões se traduzem no questionamento da própria legalidade do exame de Amostras, tema do presente trabalho monográfico.

Sem adentrar a questão de forma efetiva, podemos, aqui, de antemão, esclarecer que, para alguns, a não existência de dispositivo legal implica em ilegalidade das amostras, outros, ao revés, advogam que há outras bases capazes de legitimar tal ocorrência.

### 4.3 DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS

É sabido que não há na Lei 8.666/93 (LNL) nem tampouco na Lei 10.520/02 (Lei do Pregão) qualquer dispositivo que traga a baila as amostras, bem como o seu disciplinamento.

Diante da ausência de previsão acerca das amostras nas legislações pertinentes, surgem infundáveis indagações quanto à possibilidade jurídica de exigí-las no procedimento licitatório, já que não há tipificação. Desta maneira, discute-se a própria legalidade das amostras.

Em meio a este dilema, questiona-se: Constituiria ilegalidade ou não requerer testes físicos? Essa dúvida permeia o meio jurídico, e há vertentes nos dois sentidos: é ilegal exigir amostras nas licitações e é legal requerê-las. Ademais, se é legal ou não as amostras no certame licitatório, qual seria o substrato para tanto?

Para aqueles que defendem a legalidade da exigência de amostras outras perquirições são feitas, como: Qual o momento para exigí-las? Quais os critérios de avaliação? Quais modalidades comportam exigir amostras? Seria uma regra ou exceção?

Como se vê, a matéria é complexa e as controvérsias ainda não se encontram pacificadas. A questão, portanto, não está delineada, gerando insegurança jurídica, o que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito, sobretudo diante de situação em que está em jogo o interesse público.

Nessa seara, mostra-se relevante para os potenciais licitantes e para a Administração Pública, que estão diretamente interessados na delimitação de um denominador comum, assim como para aqueles que possuem interesse nessa área do conhecimento jurídico, o Direito Administrativo, como operadores do direito e acadêmicos, a abordagem das supracitadas polêmicas.

Ponto crucial e objeto do presente estudo é a legalidade ou não das Amostras nas licitações. Como dito, há os que creem não ser legal determinar a apreciação física, fulminando a sua possibilidade e os que, contrariamente, defendem a legalidade e consequente plausibilidade em sua utilização.

Os que não admitem a amostragem fundamentam sua posição no fato de não haver embasamento legal para exigir as amostras. Entendem que se a lei não contemplou tal possibilidade não pode o Administrador atribuir a si este papel. Isto porque a Administração Pública está atrelada a uma legalidade estrita. Ou seja, o gestor público, diferentemente do que ocorre na esfera particular, só pode fazer o que a lei expressamente estabelece. Assim sendo, se a lei não cogitou tal exigência, e o Administrador exige amostras no certame, está agindo em desconformidade com a lei. Logo, sua exigência é ilegal.

Há os que asseveram não ser possível exigir as unidades para testes não em virtude da omissão legislativa, e, sim, do ponto de vista da celeridade. Assim, não seria ilegal a exigência, e, sim, incompatível.

Esclarecem os estudiosos que quando há solicitação de amostras nos editais licitatórios naturalmente há um retardamento no procedimento, que, por si só, já não é ágil.

A atividade de analisar fisicamente as unidades para atestar sua real qualidade presume tempo hábil para tanto. Não há como não constatar que o recebimento das amostras, os seus testes, a espera pelo resultado configuram mais um entrave a desejável rapidez no

procedimento. Como se vê, sob o prisma destes, não seria nada conveniente estender ainda mais o desenvolvimento do certame licitatório.

Alguns visualizam infringência a economicidade a ser prezada pelo Poder Público. É fato que o procedimento licitatório é solene, comporta várias fases, e que para sua concretização, incidem gastos, como toda tarefa realizada pela Administração Pública. No entanto, alegam que acrescer o mecanismo de apreciar fisicamente as unidades ou protótipos implicaria em um ônus a mais, até porque necessária será a contratação de órgão apto a avaliar as amostras.

Nessa mesma linha de raciocínio, outros censuram a solicitação de amostras com amparo no edital licitatório, suficiente a assegurar a qualidade do bem. Para estes, é plenamente viável constatar que um bem alcança os fins a que se propôs pela simples correspondência entre o pedido no edital e a proposta apresentada. É claro que só se materializa tal propósito se o instrumento convocatório trazer descrição apropriada do bem, como determina o artigo 40, I, da Lei 8.666/93. Consubstanciado em informações capazes de transparecer o que se deseja contratar, resguardando, assim, a qualidade do objeto da licitação, o órgão julgador não necessita de exames físicos para aferir a qualidade.

Perfilhando de orientação contrária ao que acima foi exposto, certos publicistas, como Gasparini (2008); Niebuhr (2006) e Palmieri (2006), certificam que há, sim, fundamento legal para exigir as amostras.

Embora implicitamente, o artigo 43, IV e V, da LNL, propicia base legal. O dispositivo em apreço no seu inciso IV institui que as ofertas serão julgadas de acordo com o estipulado no ato convocatório. Dessa maneira, a proposta será avaliada positivamente e se classificará caso atenda os requisitos antecipados no edital. O inciso V, por sua vez, prevê que os critérios de julgamento serão de encargo do edital. Isto é, cabe a ele indicar qual o critério que irá nortear a escolha da proposta mais vantajosa ao interesse público. Partindo-se dessa premissa, não há óbice que a amostragem seja condição imposta pelo edital para fins de classificação. Posto isso, afasta-se a ilegalidade da amostras.

A Lei 10.520/02, em seu artigo 4º, VII, da mesma forma, prevê que o edital fixará requisitos que serão parâmetro para verificar se a oferta está de acordo com o pedido. Dessa forma, o edital pode estabelecer como condição a apresentação de propostas. Há, pois, fundamento legal para a amostragem.

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

VII - aberta a sessão, os interessados ou seus representantes, apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se à sua imediata abertura e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório (BRASIL, 2002).

Então, deve-se colocar no edital do pregão quais são os requisitos para a avaliação da proposta. E um desses requisitos pode ser a amostra.

Mesmo que não houvesse o supramencionado dispositivo seria pouco razoável conceber as amostras como ilegais quando interesses maiores circundam o certame licitatório.

Partindo do fato de que a licitação visa assegurar a melhor proposta, e que esta nada mais é do que aquela que satisfaça o interesse público, é de se concordar que para alcançar a sua finalidade precípua é preciso implementar meios que proporcionem maior garantia que esse interesse público será satisfeito.

Nesse sentido, a utilização de amostras no procedimento licitatório revela-se como meio apto a trazer maior certeza de que o bem a ser selecionado atenderá o interesse público, ou seja, será a melhor proposta, vez que seu escopo é constatar fisicamente se está o bem em conformidade com o requisitado, ou seja, atestar a sua qualidade.

Dessa forma, a qualidade do bem configura parâmetro a ser observado para assegurar que o interesse público será atendido. Em verdade, não há como satisfazer o interesse público se não estiver assegurada a qualidade do bem. São fatores que estão inegavelmente correlacionados.

A exigência de amostras revela, sobretudo, a preocupação da Administração Pública em ter maior segurança quanto à qualidade do que contrata. Na verdade, é intrínseco ao procedimento licitatório, à luz da Lei n. 8.666/93 e da Lei n. 10.520/02, a preocupação da Administração Pública com a qualidade mínima dos produtos a serem adquiridos.

Nesse sentido, Meirelles tece que:

Na apreciação da *qualidade* o julgador pode utilizar-se de todos os métodos e processos para sua verificação, principalmente os ensaios não destrutivos, “técnica de aplicação de princípios físicos que permite detectar a falta de homogeneidade de um material ou de uma peça, sem prejudicar sua forma e usabilidade”. Para tanto, o órgão julgador pode recorrer a peritos, pareceres técnicos, exames de amostras, inspeção do local e outros meios que permitam a justa apuração da *qualidade* e a escolha da melhor proposta, dentro do pedido da Administração (2002, p.151).

Aproveitando o ensejo, oportuno é contrapor o esposado posicionamento daqueles que perpetuam a afirmativa de que a qualidade do bem é declarada tão somente tendo como referencial o edital, e, que, assim, desnecessária seria a utilização de amostras.

De fato, o edital se propõe a trazer elementos que façam com que os licitantes compreendam exatamente o que pretende a Administração, e, assim, apresente proposta correspondente. Esta é a regra. No entanto, há situações que só por documentos não se consegue efetivamente garantir a qualidade do bem, sendo imperiosos os exames das unidades ou protótipos. Mostra-se, portanto, que a amostragem não deve ser a regra, e, sim, exceção, que por sua vez, deve ser acompanhada de justificativa.

Corroborando com o exposto, ensina Justen Filho que “A exigência de amostra é peculiarmente necessária quando a avaliação da qualidade do produto não possa fazer-se exclusivamente de modo teórico” (2001, p.384).

Acrescenta Verônica Vaz de melo:

A exceção é que a Administração peça amostra; a regra é adquirir o objeto sem a análise física do mesmo. Em relação à exceção, nota-se que por mais detalhada que seja a descrição do edital, muitas vezes a Administração Pública sente a necessidade de avaliar fisicamente o objeto antes de adquiri-lo (De melo, Verônica Vaz. A questão das amostras no pregão presencial e eletrônico. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7657](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7657)>. Acesso em: 30 de set. de 2010).

Pelo exposto, possível atestar que ainda que não exista dispositivo a justificar a utilização de amostras no procedimento licitatório, em nome da sua finalidade precípua, melhor proposta, entendida como aquela que visa satisfazer o interesse público, permitir que testes físicos sejam realizados é totalmente condizente com a busca do que é mais conveniente à Administração Pública, visto que é meio apto a assegurar a qualidade dos bens a serem adquiridos.

Ademais, a Administração Pública, em obediência ao Princípio da Eficiência, deve buscar na gestão pública uma equilibrada relação custo-benefício, isto é, exercer sua atividade gastando menos e produzindo mais.

Ocorre que, durante o procedimento licitatório, o sobremencionado equilíbrio deve estar ainda mais presente. Isso porque, quando da seleção da proposta, deve se optar por aquela que realmente venha a ser produtiva na futura contratação.

A produtividade, também chamada de rendimento, está relacionada com a utilidade, ou seja, só será produtivo o bem contratado se for útil ao que deseja a Administração.

Como informa Meirelles, “[...] o *rendimento* é fator de julgamento das propostas, pois não se justifica uma compra, uma obra ou um serviço *público sem produtividade*, ou seja, *sem utilidade* para a Administração ou para os administrados” (2002, p.152).

Com se vê, a produtividade, reveladora da eficiência, está diretamente ligada à qualidade, visto que, se há qualidade, ou seja, se o bem atende ao fim a que se destina, será ele fatalmente produtivo, útil a Administração, não cabendo entender como vencedora uma proposta que não venha a ser produtiva.

Como a qualidade e produtividade estão relacionadas, atestada a qualidade, estará àquela. Assim sendo, raciocínio utilizado será a de que o edital se propõe a garanti-la ao selecionar proposta compatível com o edital, todavia, nem sempre é possível assegurá-la por este meio, tornando necessário, nestes casos, análise dos objetos, ou seja, testes físicos.

De que adiantaria um procedimento licitatório para adquirir, por exemplo, um grampeador, se depois de selecionada a proposta e da contratação firmada verificar-se que não funciona, não tem qualidade, não é útil? Deve, portanto, ao eleger a proposta aferir se o objetivo esperado será alcançado, se realmente há qualidade para tanto.

Acrescenta Gasparini que:

Então, nós temos aí duas balizas que vão ajudar no entendimento da exigência da amostra. A primeira baliza é a obediência ao princípio da eficiência e a segunda é exatamente o fato que a Administração Pública não pode ser temerária. Quando nós temos essas balizas nós temos justificadas as razões pelas quais a Administração Pública exige habilitação no processo licitatório (2006, p.434).

Brilhantemente, esclarece Gasparini que a exigência de amostras se justifica não só pelo fato de dever ser a Administração eficiente, mas também pelo fato dela não poder ser temerária, isto é, não poder contratar com qualquer um, devendo se pautar de meios que venham a minimamente garantir que o contrato será executado. Nesse sentido, a amostra mostra-se como instrumento capaz de dar maior segurança quanto à execução do contrato, pois que avaliado o bem, se tem a segurança de que o licitante atenderá o contrato na forma querida pelo órgão responsável pela licitação.

A outra faceta da eficiência, a economia, também encontra guarida na exigência de amostras, embora exista quem discorde, ao alegar que a realização de testes físicos traria gastos excessivos.

É fato que toda atividade implica em dispêndios, outros mais, outros menos. Com o procedimento licitatório não é diferente. Em decorrência das fases existentes nesse procedimento, fica evidente que há ônus para a Administração Pública.

O fato de acrescentar a licitação a análise de unidades ou protótipos não implicaria em dispêndios vultosos. É verdade que há um aumento de despesas, que, diga-se, é inevitável, até porque serão contratados órgãos especializados. Mas, usando a razoabilidade e proporcionalidade, não podemos deixar que a economia suplante a segurança de qualidade e conseqüente satisfação do interesse público.

Na verdade, deve haver um equilíbrio entre os custos e os benefícios sob a ótica do princípio da eficiência. É justamente ao fazer tal ponderação que se constata que os gastos frente ao benefício trazido à Administração e aos administrados é algo proporcional, sem contar que torna-se irrelevante a despesa frente a satisfação do interesse público.

Em contraponto aqueles que acreditam haver violação da celeridade, advogam alguns estudiosos, Gasparini (2008) e Santos (2010), dentre outros, em sentido contrário.

De fato, acrescentar mais uma etapa à seleção de propostas, quando necessário for, produz uma certa expansão do procedimento a depender do momento em que será realizada a apresentação das amostras.

Mesmo diante da omissão da lei quanto ao momento para exigir amostras, é pacificado na doutrina e na jurisprudência, como se verá adiante, que não se deve apresentar amostras na fase de habilitação.

A fase habilitatória destina-se a analisar documentos referentes ao licitante, compreendidos entre os artigos 27 e 31, da Lei 8.666/93. Logo, não é o momento oportuno para se analisar o produto. Além do que, se exigido amostras de todos os interessados em contratar, inegável seria a lentidão provocada.

Majoritariamente entende-se que o momento oportuno para a amostragem seria a fase de classificação e julgamento das propostas, oportunidade adequada para se avaliar o produto.

Em consonância com esse entendimento, Palmieri aduz que:

As amostras não têm nenhuma correlação com os quesitos que habilitam ou não a licitante, mas, sim, com os produtos que elas comercializam e/ou fabricam. Logo, se a amostra está diretamente relacionada com os produtos, o mais adequado é que elas sejam solicitadas e avaliadas por ocasião da classificação e julgamento das propostas comerciais, e jamais como elemento de habilitação ou inabilitação das licitantes (2006, p.945).

Salutar transcrever a visão de Gasparini quanto à questão em apreço:

Outro expediente seria exigir as amostras somente daqueles que foram habilitados. Quem foi habilitado? Foram habilitados A, B e C, e esses que foram habilitados têm que trazer as amostras. Aí, nós vamos examinar as amostras de A, B e C. Digamos que só a amostra de A foi homologada. Aí, então, só ele vai para a fase de julgamento. Os outros estão inabilitados. Esse procedimento, no entanto, não é aceito pela doutrina; entende-se que a amostra diz respeito ao produto e a habilitação diz respeito à pessoa do licitante. Então, nós não devemos misturar essas coisas, amostra – que diz respeito ao produto – com documentos de habilitação que dizem respeito à pessoa do licitante. Logo eu devo fazer a exigência somente lá na fase do julgamento (2008, p.439).

Ressalta-se que a competitividade, um dos pontos basilares da própria razão de ser da licitação não é violada pela exigência das amostras quando a apresentação se der na fase de classificação. Ao revés, prejudicada estaria a competição se condicionada estivesse à participação na disputa aos testes.

#### 4.4. POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL DO TCU

Como visto, a apresentação de amostras no procedimento licitatório é palco de muitas divergências doutrinárias. Assim sendo, torna-se importante assentar o posicionamento jurisprudencial do Tribunal de Contas da União acerca de alguns destes pontos controversos.

O TCU fornece fomento para aqueles que defendem a exigência de amostras na licitação. Tal conclusão é resultado de análise de julgados em que se discute e se posiciona quanto ao momento apropriado para tanto. Ora, se o Tribunal supracitado debate sobre o momento mais oportuno para a amostragem, é porque admite sua possibilidade, pois, do contrário, nem chegaria a cogitar quando deveriam ser realizados os testes físicos.

Partindo da admissibilidade das amostras, afirma o TCU que pode ser exigida para examinar se o objeto está de acordo com o pedido pelo edital, constituindo meio necessário à boa contratação pelo Poder Público.

Nesse sentido, a propósito, foi o voto do Ministro Walton Alencar Rodrigues quando ao indicar a fase adequada para examinar as amostras, afirmou:

Não viola a Lei 8.666/93 a exigência na fase de classificação de fornecimento de amostras pelo licitante que estiver provisoriamente em primeiro lugar, a fim de que a Administração possa, antes de adjudicar o objeto e celebrar o contrato, assegurar-se de que o objeto proposto pelo licitante conforma-se de fato às exigências estabelecidas no edital (Acórdão 1237/2002 do Plenário – TCU- Ata nº34/2002).

Outrossim, impende fazer referência ao Acórdão nº. 2.147/2006 do Plenário do TCU, que determinou que se o Conselho Federal de Enfermagem vier a solicitar amostras, somente exija do licitante provisoriamente em primeiro lugar.

No que diz respeito à apresentação de amostras na fase de habilitação, firmou o TCU que não se pode exigi-las neste tempo em razão de ser a oportunidade para atestar as condições dos interessados em contratar com a Administração e não do objeto. É o que se extrai dos seguintes posicionamentos:

TCU- Decisão 288/96 - Plenário - Ata nº19/96- Processo nº TC 004.915/95-0. Unidade: Banco Central do Brasil - BACEN Relator: Ministro IRAM SARAIVA 8.1.1., por entenderem ser muito restritiva a interpretação de não se admitir a apresentação de amostras na fase de habilitação, mormente quando se tratar de produto de alta complexidade técnica quando, quase sempre, a amostra é indispensável para se saber se o produto corresponde exatamente àquilo que está sendo licitado. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE: 1. determinar ao Banco Central do Brasil que: 1.1. observe rigorosamente as fases de licitação previstas na Lei nº 8.666/93 (alterada pela de nº 8.883/94), evitando inserir nos instrumentos convocatórios cláusulas restritivas ao caráter competitivo do certame (art. 3º, § 1º, incisos I e II), como a exigência de amostra na fase de habilitação, inclusive nas licitações dos tipos "melhor técnica" e "técnica e preço", vez que não está autorizada pelo Estatuto das Licitações, além de violar o caráter sigiloso da competição;

TCU- Acórdão nº 0346/2002- Plenário- Ata nº 35- Sessão de 25.9.02 -DOU de 4.10.02 acolheu proposta do Auditor-Relator Marcos Bemquerer Costa nos autos do Processo TC-014.835/2001-0, nos seguintes termos: 8.6. determinar ao Departamento de Polícia Rodoviária Federal que: c) caso exija a apresentação de amostra nas licitações, desde que não seja ainda na fase de habilitação, defina com clareza, no edital, o momento de entrega dos protótipos, os critérios de avaliação, bem como a data em que tal avaliação e julgamento técnico serão efetuados, de modo a dar oportunidade a que os licitantes interessados estejam presentes, em obediência ao art. 3º, § 3º, da Lei nº 8.666/93.

Tem-se entendido que as amostras devem ser exigidas na fase classificatória, oportunidade em que são avaliados os bens ofertados. Nessa linha, cumpre destacar o

Acórdão nº. 2521/ 2003 da 1ª Câmara do TCU que decidiu: “9.2.22. proceda à análise das amostras, quando houver, somente na fase de julgamento das propostas, conforme Decisão nº. 288/96 – TCU – Plenário.”

Além do TCU declarar ser impossível serem exigidas amostras durante a fase de habilitação, pensamento este majoritário na doutrina, constata-se que o momento de classificação e julgamento é o mais conveniente para os testes físicos, mas apenas do licitante vencedor.

Expõe em seus julgados que seria ir de encontro ao princípio da economia e celeridade exigir de todos os classificados as amostras. Logo, a apresentação apenas do colocado em primeiro lugar configuraria o mais correto.

Nesse sentido, assim decidiu o Plenário do TCU no Acórdão nº. 0808/2003, quanto à representação formulada pelo Tribunal de Contas do Estado da Paraíba acerca de irregularidades na Concorrência 5/2002 da Secretaria de Estado da Educação e Cultura no Processo nº. TC-002.145/2003-1.

ACÓRDÃO Nº 808/2003-TCU- Plenário1. Processo nº TC-002.145/2003-1. Interessado: Tribunal de Contas do Estado da Paraíba. 4. Órgão: Secretaria de Estado da Educação e Cultura da Paraíba 5. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos estes autos de representação formulada pelo Tribunal de Contas do Estado da Paraíba acerca de eventuais irregularidades na Concorrência 5/2002 da Secretaria de Estado da Educação e Cultura. ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo relator, em: [...] 9.2.determinar a Secretaria de Estado da Educação e Cultura da Paraíba que nas próximas licitações que venha a realizar, envolvendo recursos públicos federais: [...] 9.2.5. limite-se a inserir exigência da apresentação de amostras ou protótipos dos bens a serem adquiridos, na fase de classificação das propostas, apenas ao licitante provisoriamente em primeiro lugar e desde que de forma previamente disciplinada e detalhada, no instrumento convocatório, nos termos dos arts. 45 e 46 da Lei 8.666/93; 9.2.6. fixe prazo para apresentação de amostras suficiente a não restringir a participação de potenciais competidores situados em outros estados da federação, de modo a não restringir a competitividade e a isonomia da licitação.

O posicionamento acima se manteve no Plenário do TCU no Acórdão nº.10/2006 destinado a analisar irregularidades ocorridas na Casa da Moeda do Brasil, quando se determinou que a entidade ao realizar licitação para compra de discos de aço, exigisse amostragem apenas do licitante vencedor.

ACÓRDÃO Nº 10/2006 -TCU - Plenário 1. Processo nº TC-012.097/2005-2 (com 2 anexos). Apenso: 014.717/2005-9. 4. Entidade: Casa da Moeda do Brasil – CMB Vinculação: Ministério da Fazenda 5. Relator: MINISTRO UBIRATAN AGUIAR 7. Unidade Técnica: 2ª Secex 9. Acórdão: VISTOS, relatados e discutidos estes autos que cuidam de Relatório de Auditoria realizada na Casa da Moeda do Brasil, gerada por representação formulada pela 2ª Secex em função de notícias veiculadas na imprensa a respeito de possíveis irregularidades ocorridas na entidade. ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em: [...] 9.1.2 reavalie o prazo, a quantidade e os procedimentos definidos para apresentação das amostras, nos editais destinados à compra de discos de aço, de forma a garantir que a sistemática utilizada não restrinja a participação de outras empresas nas próximas licitações; 9.1.3 limite-se a inserir exigência de apresentação de amostras de bens a serem adquiridos na fase final de classificação das propostas, apenas ao licitante provisoriamente em primeiro lugar, disciplinando detalhadamente essa exigência no instrumento convocatório.

Extraí-se, ainda, dos dois acórdãos supramencionados que cabe ao instrumento licitatório disciplinar o regime jurídico das amostras. Isto é, o edital deverá, quando indispensável for à análise das amostras, estabelecer os critérios de julgamento, prazos, dentre outros fatores que interessem à regular realização de amostras.

Notável se mostra a constante preocupação do TCU com que não haja restrição ao caráter competitivo quando realizada a avaliação dos produtos.

De fato, as amostras não podem frustrar a competitividade, pois, do contrário, em risco estaria o próprio objetivo da licitação, isto é, a escolha da melhor proposta, até porque, quanto mais ofertas se tem, maior a probabilidade de entre elas se optar pela que realmente seja a mais viável ao interesse Administrativo. E é exatamente por isso que mais aprazível é que os testes físicos sejam operacionalizados apenas do licitante vencedor, pois, desta maneira, já teriam sido avaliadas todas as ofertas garantindo ampla competição, e, por outro lado, esteve aferida a segurança do produto daquele que irá contratar com a Administração Pública.

Em consonância com todas as considerações feitas sob o prisma do TCU, calha transcrever trecho da manifestação do Ministro Walton Alencar Rodrigues quanto ao TC 001.103/2001-0 no Acórdão 1237/2002, que prestigia a posição do Tribunal, proferindo que:

A exigência de amostras, na fase de habilitação, ou de classificação, feita a todos os licitantes, além de ilegal, poderia ser pouco razoável, porquanto imporá ônus que, a depender do objeto, seria excessivo, a todos os licitantes, encarecendo o custo de participação na licitação e desestimulando a presença de potenciais licitantes. A solicitação de amostra na fase de classificação apenas ao licitante que se apresenta provisoriamente em primeiro lugar, ao contrário, não onera o licitante, porquanto confirmada a propriedade do objeto, tem ele de estar preparado para entregá-lo, nem restringe a competitividade do certame, além de prevenir a ocorrência de inúmeros problemas para a administração. Não viola a Lei 8.666/93 a exigência na fase de

classificação de fornecimento de amostras pelo licitante que estiver provisoriamente em primeiro lugar, a fim de que a Administração possa, antes de adjudicar o objeto e celebrar o contrato, assegurar-se de que o objeto proposto pelo licitante conforma-se de fato às exigências estabelecidas no edital.

Vê-se, acertadamente, que o TCU mostra-se contrário a exigência de amostras na fase de habilitação, pois, exigir dos licitantes nesta fase a comprovação da qualidade do produto viola seu próprio objetivo, qual seja, aferir a capacidade dos concorrentes e não do produto. Ademais, demonstra que a oportunidade mais apropriada é a classificatória, quando, após a verificação da conformidade das ofertas com o requerido pelo edital, o colocado em primeiro lugar irá apresentar o produto, não havendo ofensa a economicidade, bem como a competitividade.

## 5 AMOSTRAS NO PREGÃO

---

O capítulo abordará a modalidade pregão, incluindo uma análise de suas características, institucionalização, regulamentação, formas, e, principalmente, os aspectos controversos na doutrina quanto à exigência de amostras.

### 5.1 O PREGÃO COMO MODALIDADE LICITATÓRIA

As modalidades licitatórias trazidas pela Lei 8.666/93, quais sejam: concorrência, tomada de preços, convite, leilão e concurso, por serem permeadas de elementos que as tornam desprovidas de agilidade, fazem com que o procedimento para escolha de futuros contratantes configure uma atividade administrativa lenta, sem qualquer perspectiva de presteza.

Toda a burocracia caracterizadora dessas modalidades ditas de tradicionais visam, em verdade, garantir a regularidade do procedimento licitatório. Assim sendo, não é possível dispensar etapas, tão somente para garantir maior celeridade. Isso porque, atrás desse interesse, existe um outro bem maior, que, inclusive, é o objetivo precípua da Administração quando desempenha a atividade licitatória, a saber: assegurar que seja escolhida a proposta que mais satisfaça o interesse público. É por esse motivo que busca a Administração Pública se valer de todos os meios que possam lhe conferir uma maior certeza de que aquela escolha é a melhor para o interesse público.

A vagariedade do procedimento licitatório era alvo de constantes questionamentos dos órgãos licitantes, sedentos por obter, o quanto antes, uma resposta ao seu anseio de contratar, bem como dos futuros contratantes, ansiosos por um resultado e contratação, principalmente nos contratos de menor valor.

A insatisfação com a morosidade do procedimento aliada à modernidade, refletida, sobretudo, pelos avanços tecnológicos, fez com que a necessidade por um mecanismo mais célere se tornasse uma constante. Era preciso que a licitação acompanhasse todo o

desenvolvimento e não mais se mantivesse estagnada frente à realidade que, mais do que nunca, exigia celeridade.

Em meio a esse panorama, de forma oportuna e inadiável, veio a lume uma nova modalidade licitatória, o pregão, figurando verdadeira inovação no universo licitatório.

Nessa seara, o pregão, na qualidade de espécie licitatória, veio a ser instituída pela Medida Provisória nº. 2.026, de 04 de maio de 2000, de âmbito federal, posteriormente modificada na Medida Provisória nº. 2.108 de 27 de dezembro de 2000, e, finalmente, na Medida Provisória nº. 2.182 de 23 de agosto de 2001.

A lei regulamentar da Medida Provisória foi aprovada pelo Decreto nº. 3.555, em 8 de agosto de 2000, alterado pelo Decreto nº. 3.693, de 20 de dezembro de 2000, que veio a ser convertido na lei 10.520, de 17 de julho de 2002.

Hoje, o pregão está disciplinado pela Lei 10.520/02, chamada de Lei do Pregão. No entanto, ressalta-se que a Lei 8.666/93 tem aplicação subsidiária, sendo, pois, o pregão regulamentado primordialmente, quanto a suas peculiaridades, pela Lei 10.520/02, e, no que não conflitante, pelo estatuto das licitações.

No que diz respeito a sua aplicabilidade, destina-se o pregão à aquisição de bens e serviços comuns, como afirma o artigo 1º, da Lei 10.520/02. Dessa forma, é utilizado o pregão em razão da natureza comum do bem ou do serviço que a Administração pretende contratar e não do valor do contrato.

Entretanto, a Lei do Pregão não definiu o que seriam os bens e serviços comuns referidos como objeto de contratação dessa modalidade, limitou-se, apenas, a dizer que será utilizado para todo tipo de contratação cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos em edital, por meio de especificações usuais no mercado. Ainda assim, permaneceu sombria a definição do objeto, o que permite algumas discussões sobre a natureza de certas contratações.

Para o deslinde de tal questão, existe o anexo II do Decreto nº. 3.555/00, que indicou os bens e serviços a serem considerados comuns. Tal rol, todavia, não pode ser entendido como taxativo, mas, meramente exemplificativo, o que, na realidade, ao invés de elucidar a questão, a torna ainda mais rodeada de dúvidas.

Para Justen Filho, bens e serviços comuns são aqueles que estão disponíveis no mercado a qualquer tempo, com características padronizadas pela própria atividade empresarial. E, acrescenta: “O pregão não é o meio adequado para licitações que possam ser decididas sem diligências, exames aprofundados ou superação de divergências conceituais sobre a proposta do licitante” (2009, p.391).

Nesse sentido, é o escólio de De Torres:

Não é imprescindível que o bem comum esteja “pronto” no mercado (ex: compra de caneta), pois é possível também que o pregão seja utilizado para bens confeccionados por encomenda. O importante é que o produto possa ser objetivamente caracterizado em sua espécie, desempenho e qualidade, através de especificações usuais do mercado, de forma a tornar desnecessária a avaliação técnica do bem ou serviço, para verificação de seu atendimento ao interesse administrativo (2010, p.425).

Dos pensamentos esposados, entende-se que os bens e serviços comuns são aqueles obtidos com facilidade pelo mercado, visto que possuem perfil definido nele, não demandando maior investigação acerca do fornecedor, vez que são conhecidos pelos órgãos públicos.

Partindo da premissa de que os bens ou serviços comuns devem conter especificações que possibilitem pela análise editalícia compreender o que se deseja, sem maiores obstáculos técnicos para seleção, depreende-se que contratações complexas estão afastadas desta concepção de objetos comuns, e, dessa maneira, não estão sujeitas ao pregão.

Coadunando com o exposto, o art. 5º, do Decreto nº. 3.555/2000, proibiu o uso do pregão para a contratação de obras e serviços de engenharia. No entanto, essa questão, como tantas outras, acerca do objeto do pregão, não encontra consenso.

Ocorre que, embora o supramencionado dispositivo tenha feito a proibição, o artigo 6º do Decreto 5.450/05, reforçou a proibição quanto à obras de engenharia, não fazendo menção aos serviços de engenharia. Diante disso, discussões pairaram sobre a possibilidade de utilizar pregão para tais serviços, e, até o momento, não há pacificidade sobre a divergência, cabendo à jurisprudência, diante de cada caso concreto, analisar as soluções viáveis.

De acordo com o artigo 1º, da Lei 10.520/02, o pregão demonstra-se facultativo, se for realizada uma interpretação literal do texto da lei. Isso se deve ao fato de na redação constar

que para aquisição de bens e serviços comuns a Administração “poderá” adotar a modalidade pregão.

Com efeito, da leitura do dispositivo legal, facilmente chega-se a conclusão de que os órgãos públicos não estão obrigados, quando diante de aquisição de bens e serviços comuns, a adotarem o pregão, tendo, portanto, discricionariedade, para, diante dessa situação, optar pelas espécies tradicionais ou pela nova.

A despeito dessa nuance, é preciso considerar que o pregão tem por objetivo propiciar maior celeridade e eficiência, e, assim, frente as hipóteses em que é cabível este novo diploma, nada mais razoável que a facultatividade desapareça e verifique-se a compulsoriedade.

De fato, pelos benefícios trazidos pelo pregão, mais agilidade e menor oneração, o “poderá” significa um poder-dever, como tem entendido os tribunais.

Fortalecendo esse entendimento, cabe acrescentar os dizeres do Ministro Walton Alencar Rodrigues, no Acórdão 1.547/04, TC 010.123/2003-9, do TCU:

Independente da ausência de obrigatoriedade, o gestor deverá justificar sempre que deixar de utilizar a modalidade pregão, se, tecnicamente, havia condições para tanto. As razões são óbvias. A característica de celeridade procedimental, decorrente da inversão das fases de habilitação e da abertura das propostas de preços, é apenas a parte mais perceptível do processo. Há outras questões relevantes que recomendam, peremptoriamente, a sua adoção. [...]

O argumento de que o convite era a opção legal é relativo. A discricionariedade do administrador está jungida pelo princípio da indisponibilidade do interesse público. O legislador, ao disponibilizar ferramenta de comprovada eficácia e atribuir prioridade para a sua aplicação, imbuíu a Administração do dever de a utilizar. Sua preterição deve ser fundamentada, porque, via de regra, o pregão tem se mostrado a opção mais econômica na aquisição/contratação de bens ou serviços.

Enfatizou-se, até então, o fato de ser o pregão a modalidade que proporcionou celeridade no processo de seleção de futuros contratantes. Logo, fundamental é entender o porque de tal agilidade, o que traz o pregão que as outras espécies não possuem, que a faz ser traduzida em presteza.

Caracteriza-se o pregão pela oralidade, o que, inevitavelmente, já gera maior rapidez ao certame ora em desenvolvimento. Aqui, não existem propostas escritas, ao contrário, a manifestação de vontade se faz verbalmente, são os chamados lances.

Pela própria oralidade que circunda o pregão, verifica-se certa informalidade, outra peculiaridade da espécie em comento. Salutar esclarecer que a informalidade não significa que não há nesse novo sistema regras a direcionarem o seu desenrolar. Na verdade, importa em dizer que existe sim um disciplinamento, mas este é dotado de técnicas mais modernas, como nos revela a sua forma eletrônica.

Talvez a mais marcante característica resida na sua estrutura procedimental, pois a fase classificatória antecede a habilitatória, ocorrendo o que se denominou de inversão das fases no procedimento licitatório em epígrafe.

Como toda modalidade licitatória, o pregão apresenta duas etapas: Fase Interna e Fase Externa. A primeira, como nas outras espécies, corresponde à preparação administrativa para a realização das atividades. Nesse momento, o diferencial é que não será designada uma comissão de licitação, pois esta não irá conduzi-la, e, sim, o pregoeiro, auxiliado por uma equipe de apoio, composta por servidores. Com a figura singular, e não mais comissão, alcança-se certa economia para a Administração, já que há redução com gastos de pessoal no procedimento.

A segunda fase é que se apresenta invertida se comparada com as demais espécies de licitação. Tal inversão significa que a fase de apresentação da proposta de preços antecede à fase de habilitação.

Então, primeiramente ocorrerá a classificação, ou seja, será selecionado aquele licitante que apresentar o menor preço, e só após, será analisada a documentação, ou seja, em um segundo momento é que será aferida se o contratado terá condições de cumprir o eventual contrato e se ele possui conhecimento técnico suficiente para executar o contrato.

Observa Gasparini que:

Numa licitação tradicional nós temos duas fases: uma antes da Publicação do edital que é chamada 'fase interna' ou 'primeira fase', e uma fase depois da Publicação do edital que é chamada de 'segunda fase' ou 'fase externa'. Poderíamos fazer aqui a mesma comparação: fase de preparação ou fase preparatória corresponderia à primeira fase, ou fase interna, da licitação tradicional. A fase licitatória do pregão seria a mesma segunda fase, ou fase de licitação, propriamente dita, da licitação tradicional (2008, p.369).

Não se pode entender que a habilitação está relegada a segundo plano, de forma alguma, nem poderia estar, já que as informações são indispensáveis para se atestar a aptidão

para pretensa contratação. Na verdade, o pregão economiza tempo, ao evitar conferir documentação de todos aqueles que desejam contratar com a administração, optando por analisar os documentos daquele que já foi selecionado, com quem irá contratar, isto é, o que apresentou o menor preço.

## 5.2 FORMAS DE REALIZAÇÃO DO PREGÃO

A modalidade pregão, regulada pela Lei nº. 10.520/2002 pode ser operada de duas formas distintas, uma presencial e outra eletrônica.

A forma presencial e eletrônica não são modalidades de licitação distintas, mas, sim, espécies do qual pregão é gênero. Cada uma delas tem características próprias, e devido a apresentarem diferenças entre si, oportuna se torna a análise de cada uma delas.

### 5.2.1 Pregão Presencial

Quando concebido o pregão, a licitação por meio desta nova modalidade se processava de forma presencial. Não havia, ainda, a forma eletrônica. No entanto, com o surgimento da modalidade virtual, a presencial ficou conhecida também como comum.

Como a forma presencial retrata a faceta primeira do pregão, encontra-se regulamentada, em âmbito federal, pelo Decreto nº. 3.555/00, alterado pelos Decretos nº. 3693/00 e 3.784/01, posteriormente convertido na Lei 10.520/02.

Pelo próprio nome atribuído a esse subtipo de pregão, podemos, *a priori*, constatar que se trata de forma em que a presença é indispensável. De fato, essa é a principal característica do pregão presencial.

Justen Filho, ao definir o pregão, retrata exatamente esse aspecto da forma presencial, qual seja, a presença:

Pregão é a modalidade de licitação em que a disputa pelo fornecimento de bens ou serviços comuns é feita por meio de proposta e lances em sessão pública, em sessão presencial ou à distancia, por meio de recursos de comunicação pela internet (2009, p.389).

A definição legal do pregão presencial está disposta no artigo 2º, do Anexo I, do Decreto nº. 3.555/2000, que afirma: “Pregão é modalidade de licitação em que a disputa pelo fornecimento de bens ou serviços comuns é feita em sessão pública, por meio de propostas de preços escritas e lances verbais.”

Como se vê, essa forma se processa quando presentes fisicamente os interessados e agentes da Administração no ambiente designado para recebimento e julgamento das propostas. Dessa forma, verifica-se que há uma sessão presencial, que, por sua vez, nada mais é do que a presença física dos interessados nas instalações dos órgãos públicos onde será processado o pregão.

### 5.2.2 Pregão Eletrônico

Como sabido, o pregão, inicialmente, só existia em sua forma presencial. Todavia, o ordenamento jurídico, em busca de acompanhar os avanços tecnológicos e científicos, sobretudo, a revolução da internet, não se contentou com a forma presencial do pregão, que, por si só, já demonstrava-se, quando comparada com as demais espécies licitatórias, por demais ágil.

Nesse contexto, surgiu a forma eletrônica do pregão, que espelha a modernização, revelando, especialmente, a necessidade do sistema de compras e contratações públicas acompanhar a virtualidade.

A Lei 10.520/02, no § 1º, do artigo 2º, ao enunciar que: “Poderá ser realizado o pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica”, fez alusão a possibilidade do certame licitatório usar a internet (tecnologia da informação), portanto, ao pregão eletrônico, o que restou comprovado com a edição do Decreto nº. 5.450/05.

Com efeito, foi o Decreto nº. 5.450/05 que regulamentou a utilização do pregão na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns. Hoje, existe o Decreto nº. 5.504/05, que também disciplina essa modalidade de pregão.

O referido Decreto, em seu artigo 4º, §1º, determinou como obrigatório o pregão eletrônico nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns, salvo nos casos de comprovada inviabilidade a ser justificada pela autoridade competente.

Art. 4º Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica.

§ 1º O pregão deve ser utilizado na forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente (BRASIL, 2005).

Conforme a supramencionada disposição legal, o pregão presencial só poderia ser utilizado se não cabível o eletrônico, mediante justificativa comprovada. Contudo, o Decreto nº. 5.450/05 impôs uma restrição ao uso do pregão presencial não contemplada na Lei nº. 10.520/02, o que demonstra uma ilegalidade, já que, não pode o decreto ir além do que determina a lei. Por outro lado, é atribuição do Presidente da República organizar a Administração Federal.

Procedendo a uma análise dos dois argumentos, aliado ao princípio da separação dos poderes, compreende-se que a determinação do artigo 4º, §1º, do Decreto nº. 5.450/05, abrange, tão somente, a Administração Pública Direta Federal, cabendo a cada ente federativo regular o âmbito de sua atuação, seja na forma eletrônica ou presencial, de acordo com a sua conveniência e particularidade.

Pelos diplomas legais, o pregão eletrônico se traduz na utilização de meio digital, a internet, para execução do procedimento licitatório. Assim sendo, as ferramentas digitais são os recursos a serem empregados para realização da seleção dos licitantes.

Seguindo tal raciocínio, Meirelles afirma que: “O pregão eletrônico é aquele efetuado por meio da utilização de recursos de tecnologia de informação, ou seja, por meio de comunicação pela internet” (2002, p.99).

No mesmo sentido, aponta Justen Filho, que:

O pregão, na forma eletrônica, consiste na modalidade de licitação pública, de tipo menor preço, destinada à seleção da proposta mais vantajosa para a contratação de bem ou serviço comum, por meio de propostas seguidas de lances, em que os atos jurídicos da Administração Pública e dos interessados desenvolvem-se com utilização dos recursos da Tecnologia da Informação, valendo-se especialmente da rede mundial de computadores (Internet) (2005, p.220).

Constata-se que o pregão eletrônico ou virtual, se desenvolve por meio de propostas remetidas eletronicamente, dispensando a presença física do pregoeiro e demais licitantes em solenidade especialmente instaurada para sua finalidade.

Nesse instante, vislumbra-se a principal diferença entre o pregão presencial e eletrônico, que reside no fato de que naquele é fundamental a presença física dos licitantes em uma sessão pública, enquanto no pregão eletrônico a presença física é substituída pela virtual.

Todo o procedimento do pregão eletrônico está previsto na Lei n.º 10.520/02, o que implica em dizer que seguirá o mesmo procedimento do pregão presencial.

De forma adequada, Meirelles pondera que:

Seu procedimento segue as regras básicas do pregão comum, mas, como é evidente, deixa de ocorrer a presença física do pregoeiro e dos participantes, já que todas as comunicações são feitas por via eletrônica (2002, p.99).

Como o contato físico é dispensado, verifica-se uma maior celeridade no procedimento. O tempo gasto para reunião no local a ocorrer à solenidade desaparece, dando lugar a uma interação em tempo real.

A celeridade também se reporta ao fato de que há menor sobrecarga ao pregoeiro, pois a apuração do menor preço ofertado será feita pelo próprio sistema de compras, reduzindo o tempo.

Há considerável redução de custos, seja pelo fato de ser conduzido apenas pelo pregoeiro, o que afasta gastos com comissão, seja porque reduz-se o uso de papéis, como demonstram os dados emitidos pelo Governo Federal que economizou 3,8 bilhões para os cofres públicos.

Além da economicidade, trata-se de meio mais transparente, já que a fiscalização pode ser realizada em tempo real por qualquer administrado.

Outrossim, caracteriza-se pela amplitude da publicidade, já que qualquer pessoa poderá ter acesso ao andamento do certame licitatório, e pela larga competitividade, pois para participar basta ter acesso à internet, não ficando mais restrita à participação a necessidade de estar no local ou próximo de onde será realizada a competição.

No pregão eletrônico, ao revés do presencial, impera a impessoalidade. Isso porque, não há contato entre os agentes administrativos e os licitantes, restringindo-se o agente público às informações inseridas pelo concorrente.

Mesmo diante de tantos benefícios, algumas desvantagens podem ser constatadas, como ensina Carvalho Filho:

Como desvantagens, cite-se o fato de que várias pessoas federativas não tem ainda o sistema que lhes permita utilizar a forma eletrônica. O mesmo se diga de empresas de menor porte, que também não tem acesso à rede de informações. Da mesma forma, o pregão presencial será mais adequado quando houver necessidade de exibição de produtos ou de análise mais detalhada de planilhas de composição de custos, tarefa usualmente de grande complexidade (2010, p.331).

Perspicaz é esclarecer que como o pregão eletrônico demonstrou-se como o caminho a ser percorrido, obrigatoriamente, ou, preferencialmente, diante de aquisição de bens e serviços comuns, pois assegura a celeridade, economia, desburocratização, ampla publicidade, competitividade, bem como transparência, as vantagens preponderam às desvantagens.

### 5.3 POSSIBILIDADE DE AMOSTRAS NO PREGÃO PRESENCIAL E ELETRÔNICO

O capítulo anterior debruçou-se sobre as divergências doutrinárias existentes no que se refere a possibilidade de utilizar as amostras no procedimento licitatório. No entanto, tal análise voltou-se apenas para as modalidades tradicionais, embora a nenhuma delas, diretamente, tenha sido feita referência.

Agora, é o momento oportuno para analisar a plausibilidade jurídica de se exigir amostras nesta nova modalidade licitatória, sob o aspecto da doutrina e jurisprudência.

#### 5.3.1 Posicionamentos Doutrinários

A Lei 10.520/02, que, como dito, regulamenta o pregão, no âmbito federal, não fez qualquer menção acerca das amostras. Assim sendo, silente mostra-se a Lei do Pregão sobre a possibilidade de exigi-las quando for empregada esta nova modalidade de licitação.

Ademais, a Lei 8.666/93, aplicada subsidiariamente ao pregão, também foi omissa no que diz respeito à exigência das amostras, não só no que se refere ao pregão, mas quanto a todas as espécies licitatórias, como já abordado.

Como a Lei do Pregão e a Lei Nacional de Licitação não se manifestaram quanto à amostragem, inúmeros debates surgem no campo jurídico, trazendo os mais diversos posicionamentos. Assim sendo, a princípio, o silêncio da lei mostra-se como o grande responsável pelos debates que assolam o universo das amostras.

A utilização de amostras já era controversa nas modalidades tradicionais, e, com o pregão, não poderia ter sido diferente. Tanto é que, logo quando surgiu essa modalidade, os mesmos questionamentos que se faziam sobre a possibilidade de requerer amostras se transportaram para este novo sistema.

Entretanto, a questão mostra-se mais complexa no pregão do que nas demais modalidades. Isso porque, naquelas as divergências partiam da ausência de previsão legal, enquanto o pregão, não só tem sua raiz na falta de fundamento legal, mas, sobretudo, pelas peculiaridades que a permeiam.

Na verdade, as discussões têm como ponto de partida a falta de previsão legal, e, *a posteriori*, principalmente, a celeridade e economia, binômio caracterizador dessa moderna espécie de licitação.

*Ab initio*, é preciso esclarecer que as divergências doutrinárias destacadas se reportam ao pregão presencial ou comum, só trazendo a baila o pregão eletrônico ao final.

Nesse ensejo, oportuno se faz trazer os posicionamentos encontrados acerca da exigência de amostras no pregão presencial.

Partindo da falta de disposição legal, há os que advogam no sentido de que não é possível exigir dos licitantes, em determinado momento do certame, a apresentação de unidades ou protótipos, pois se a lei não fez tal exigência, não se pode permitir que a Administração Pública assim faça por estar ela adstrita ao princípio da legalidade. Se permitido agir além do que disciplina o diploma legal, contrariando, portanto, a lei, tem-se que a exigência passa a ser ilegal, desse ponto de vista.

Contrapondo o exposto, asseveram outros, como Palmieri (2006), que realmente, não há previsão na lei sobre a possibilidade de exigir amostras no pregão, no entanto, também não há qualquer proibição. E mais, embora esteja o administrador acoplado a legalidade estrita, é preciso ter cautela e fazer ponderações, quando, como no caso, interesses maiores estão envolvidos.

De fato, é inegável que o administrador só pode agir em conformidade com a lei, digo, na mesma medida, sem ultrapassar, nem minorar, os seus ditames. No entanto, tal legalidade deve ser interpretada conjuntamente com o interesse público que circunda a realização de uma licitação.

Ocorre que, na busca de selecionar a proposta mais condizente com o interesse público, no sentido de, optar por aquela que venha realmente satisfazer o que anseia o Poder Público, não frustrando uma potencial contratação, é preciso se valer de meios que possam proporcionar menor margem de erro.

Nessa perspectiva, não se pode encarar a amostra como uma restrição a ser imposta aos concorrentes, ao contrário, deve ser vista como meio de conferir maior segurança na contratação futura. Ao se exigir que os competidores apresentem amostras, está a Administração garantindo a qualidade do produto. Logo, o que quer o órgão público licitante é verificar se realmente aquela unidade irá atender o que se pretende obter, atingindo o fim da licitação.

É claro que, assim como ocorre na concorrência, tomada de preços, convite, concurso e no leilão, a amostragem não deve ser a regra.

Com efeito, cabe ao edital do pregão trazer as informações necessárias a respeito do objeto da contratação, para que os licitantes possam, de maneira correta, identificar o que deseja, e, assim, apresentar a proposta de acordo com o exposto.

Mas, como nem sempre é possível atestar a qualidade do bem só por uma mera análise de documentos, faz-se mister a amostragem.

Nesse instante, surge outra controvérsia que diz respeito ao fato de que alguns estudiosos coadunam do pensamento de que como a modalidade pregão só é admitida no tipo preço, não seria condizente às amostras, pois o que verdadeiramente interessa é o menor preço e não a qualidade.

Realmente, o pregão visa alcançar o “menor preço”, o que é louvavelmente alcançado pelos lances verbais. Entretanto, aliada a busca pelo menor preço deve se fazer presente a qualidade.

Não é porque a modalidade é do tipo menor preço que a qualidade será colocada em segundo plano. De forma alguma pode o administrador abrir mão de critérios técnicos e adquirir produtos de má qualidade.

Contrariando aqueles que defendem não ser cabível amostra no pregão por ser ele do tipo “menor preço”, aclaro que é exatamente neste tipo de licitação que a amostra, quando necessária, deve ser exigida. E isso se dá por ser nesses procedimentos a serem regidos pelo

menor preço que se quer desprezar a qualidade, visando, unicamente o preço mais cômodo para a Administração. Logo, se é mais nítida nesses tipos a intenção de se adquirir “qualquer” produto, contanto que seja ele o de “menor preço”, é que se deve tomar as precauções para garantir que é de qualidade, e, que, assim, atingirá o fim desejado. Dessa maneira, nada mais condizente do que a exigência de amostras.

Ainda quanto à previsão legal, existem administrativistas, a exemplo de Santos (2010), que acreditam que há, sim, fulcro para exigência de amostras. Acreditam que o artigo 4º, VII, da Lei 10.520/02, ao trazer em sua redação que a proposta será aferida de acordo com as condições estabelecidas no edital, implicitamente se referiu as amostras, já que, segundo essa concepção, esta pode ser a condição imposta pelo edital. Assim, desde que o instrumento convocatório preveja as amostras e os discipline, é plenamente concebível sua exigência.

Acrescentam que mesmo que não houvesse o supracitado dispositivo na Lei do Pregão, a Lei 8.666/93, em seu artigo 43, IV e V, no mesmo sentido, traz a possibilidade de examinar unidades, já que atribui ao edital fixar quais os requisitos a serem considerados para avaliação das propostas.

Tendo como parâmetro as peculiaridades do pregão, vê-se que é norteado pela celeridade e economia. O propósito é fundamentalmente desburocratizar o certame licitatório.

Com arrimo na celeridade é que muitos condenam, a exemplo de Marcos Bemquerer Costa, a exigência de amostras no pregão. Para estes, a solicitação de amostras representa um retardamento no procedimento, que, por sua vez, preza pela agilidade. Averiguar se o produto corresponde ao requerido pela Administração não é algo simples, que inevitavelmente, desperdiça tempo, o que é incompatível com o pregão.

Rechaçando a posição anterior, há doutrinadores, a exemplo de Gasparini (2008), que afirmam não haver qualquer incompatibilidade do pregão com a amostragem em virtude da celeridade. Esta não restará prejudicada se amostras forem exigidas porque nessa modalidade os produtos, por serem usualmente conhecidos pelo mercado, serão analisados de plano, sem maiores minúcias.

Surge, outrossim, indagações sobre as amostras quanto ao objeto do Pregão. Ou seja, como o pregão é a modalidade a ser seguida para aquisição de bens e serviços comuns, sem complexidades, seria plausível solicitar amostras?

Alguns, como Marcos Bemquerer Costa, perfilham do entendimento de que quando for preciso análises, maior aferição técnica, amostras, não é admitida a modalidade pregão, por não configurar um objeto comum, mas de complexidade, o que foge a sua aplicabilidade, devendo outra ser utilizada.

Ao revés, há os que afirmam, como Gasparini (2008), que um objeto comum pode sim ser alvo de testes físicos, desde que isto seja necessário. Desse modo, não há antagonismo em bem ou serviço comum passar por exames tendo como modalidade o pregão. Não é porque o objeto terá que se submeter a testes físicos que o pregão não poderá ser mais utilizado, e vir a optar por espécie tradicional.

Esta posição é a mesma de Justen Filho:

[...] a natureza comum do objeto não exclui o cabimento de amostras. Assim se passa porque a natureza comum do objeto não elimina a existência de variações de qualidade. Mesmo quando se trata de objetos padronizados e disponíveis no mercado, a qualidade não é única nem uniforme. Portanto, a exigência de amostra não é um indicativo de que o objeto seria incompatível com o pregão (2005, p.133).

A economia também é questão que implica em debates quanto à amostragem. Isso porque o pregão tem como uma de suas principais características a redução dos gastos públicos e, desta maneira, tal benefício deve ser mantido. Cabe, portanto, perquirir se a amostra viola ou não a economia propiciada pelo pregão.

Mais uma vez, o tema é controverso. Há os que coadunam da idéia de que inevitavelmente requerer que amostras sejam apresentadas resultaria em despesa, e, antagonicamente, estudiosos firmam que não haverá qualquer prejuízo econômico ao erário em virtude do objeto ser de fácil conservação e manipulação.

Salienta-se que tanto a celeridade como a economia podem ser afastadas quando da solicitação de amostras, a depender do momento em que são exigidas.

Majoritariamente, acredita-se que é mais conveniente exigir a amostra do colocado em primeiro lugar, ou seja, após a classificação de acordo com o estipulado no edital, será apresentada a amostra. Caso seja ela aprovada, seguirá à fase de habilitação, do contrário, se reprovada, será desclassificada e convocado o segundo colocado, seguindo sempre a ordem de classificação.

Pelas ponderações feitas, resta-nos enxergar que é possível solicitar amostras no pregão, desde que seja preservada a celeridade e economia, norteadores dessa modalidade

licitatória. É preciso, pois, ao requerer os exames físicos averiguar se há observância deste binômio.

Quanto ao pregão eletrônico, questiona-se se é possível, em um procedimento que se dá virtualmente, apresentar amostras.

Verifica-se que não é condizente com a forma eletrônica, que se processa a todo tempo virtualmente, a apresentação de amostras, que ocorre fisicamente, embora parte da doutrina assim não entenda e já haja entendimento do TCU neste sentido. A admissibilidade distorceria a própria natureza desse subtipo de pregão, uma vez que seria confundida a forma presencial com a eletrônica. Ademais, representaria a junção de duas modalidades, o que é proibido pelo artigo 22, § 8º, da Lei nº 8.666/93.

### 5.3.2 Posicionamento Jurisprudencial do TCU

O Tribunal de Contas da União, como demonstrado no capítulo antecedente, admite a exigência de amostras nas modalidades tradicionais. No pregão, no entanto, a questão não é tão pacífica e, ao contrário, mostra-se demasiadamente controversa, existindo as mais diversas opiniões.

Dando respaldo aos que não admitem a possibilidade de exigir amostras no pregão, o TCU, inicialmente, asseverava que quando necessário apresentar amostras na modalidade em comento, seria preciso optar por outra espécie de licitação, pois, além de não haver previsão legal a respeito, seria contra os princípios norteadores do pregão, quais sejam, celeridade e economia, permitir que análises de unidades ou protótipos fossem realizadas.

Esse entendimento é esposado pelo relator Marcos Bemquerer Costa, do Processo nº. TC- 006.984/2006-6, do TCU, que em seu voto argumentou:

[...] caso a Administração repute necessário proceder à avaliação de amostras dos bens a serem licitados, deve-se utilizar das modalidades de licitação previstas na Lei nº 8.666/93, não havendo como impor, no pregão, a exigência de amostras, pois, além de não haver previsão legal a respeito, tal obrigação não se coaduna com a agilidade que deve nortear o instituto licitatório.

Ainda, os Ministros do TCU, reunidos em plenário, decidiram determinar ao TJDF que:

[...] caso repete indispensável exigir amostras ou protótipos dos produtos a serem licitados, utilize-se das modalidades de licitação previstas na Lei nº 8.666/93, observando, ainda, o entendimento desta Corte de que tal obrigação somente deve ser imposta ao licitante provisoriamente em primeiro lugar, nos termos dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.666/93, bem assim do entendimento firmado por meio dos Acórdãos nos 1.237/ 2002, 808/2003, 526/2005 e 99/2005, todos do Plenário.

Inconformado, o Presidente do TJDFR interpôs embargos de declaração, entendendo que a possibilidade de utilizar amostras no pregão presencial não restava bem esclarecida, já que, obviamente, tratando-se de questão por demais complexa, outra modalidade deverá reger o certame, no entanto, se versar sobre bens de consumo, cuja avaliação é simplória, foi obscuro o acórdão nº. 1.598/2006.

Do recurso oposto, Marcos Bemquerer Costa, ponderou que:

[...] penso que há de se analisar a modalidade do pregão sob a ótica da celeridade, acima mencionada, eis que essa característica está intimamente associada ao nascedouro desse instituto, mas sem se olvidar da necessária observância ao princípio da eficiência, porquanto é em razão desse postulado que se busca uma maior qualidade/economicidade do ato administrativo, de modo a melhorar a relação custo/benefício do trabalho da Administração Pública. É possível concluir, a partir dessas breves ponderações, ser admissível a exigibilidade de amostras se restar obedecido o binômio celeridade/ eficiência.

Denota-se que a partir de então o TCU começou a admitir, claramente, a possibilidade de serem realizados testes físicos quando for adotado o pregão como modalidade para o procedimento licitatório, desde que haja observância da celeridade, alcançando a eficiência, traduzida em qualidade e economia.

Também coaduna desta orientação o Tribunal de Contas do Município de São Paulo, uma vez que, no TC 858.03-54, Ata 2.253:

Acordam, ainda, por maioria, pelos mesmos votos e em iguais termos, em determinar a expedição de ofício, com cópia da presente decisão, ao Executivo Municipal, para dar ciência e orientar a Administração no sentido de que, na modalidade licitatória do pregão, a exigência de amostras seja previamente fundamentada, disciplinada no edital e verificada, por ocasião do início da fase de classificação, de modo a não prejudicar o procedimento, que tem por características principais a celeridade, concentração e oralidade.

Em síntese, foi entendido que a modalidade pregão pode exigir amostras, se de forma prévia e fundamentada, com o regime jurídico a seguir disposto no edital, mantendo-se a celeridade, concentração e oralidade.

Uma vez admitida a amostragem, surge, então, questionamentos acerca do momento mais oportuno para se exigir as amostras.

Nesse instante, registra-se parecer do Procurador-Geral do Ministério Público Dr. Lucas Rocha Furtado, no Processo nº. TC- 006.984/2006-6, junto ao TCU, que defendeu ser mais conveniente as amostras serem exigidas de todos os licitantes, como condição para participar dos lances verbais. Assim, após a análise das propostas, aquelas que correspondessem ao pedido do edital, teriam as amostras analisadas, e, só então, poderiam fazer seus lances.

Tal posicionamento, entretanto, se revela incompatível com os propósitos do pregão, tanto porque retarda o procedimento, e, assim, viola a celeridade, como por acarretar gastos extraordinários. É por esses motivos que o TCU vem se manifestando no sentido das amostras serem apresentadas apenas do licitante vencedor, como ocorre nas demais modalidades de licitação.

Dessa forma, na primeira fase, a classificatória, seriam analisadas as propostas, feitos os lances verbais, e, com o término da constatação daquele que apresentou o menor preço, tido como colocado em primeiro lugar, é que seria oportuno verificar as unidades ou protótipos requeridos.

De fato, analisar apenas a amostra de um licitante, cristalinamente, é mais célere do que testar as amostras de todos os licitantes. Ademais, maior seria a despesa, pois, acarretaria gastos operacionais maiores testar uma unidade do que várias, pela própria lógica de ser.

Nesse sentido, o TCU, concordou com a impropriedade de amostras serem requisitadas de todos os licitantes, como se depreende do trecho abaixo:

[...] penso que não há sentido em se instituir uma espécie de pré qualificação dos participantes, exigindo dos licitantes que apresentem e tenham homologadas amostras por parte da Administração, como condição para prosseguirem no certame, isto é, para que possam participar da fase de lances verbais. Tal sistemática, além de contrariar o princípio da agilidade que deve nortear o instituto do pregão, não está prevista na lei regeadora da matéria, configurando imposição de restrição onde a lei não a fez (Processo nº. TC- 006.984/2006-6, do TCU).

Do mesmo modo, o Tribunal de Corte de Contas de Santa Catarina, conforme o Acórdão nº. 1268/2008, entendeu que não pode a amostragem significar uma condição de participação, imposta, assim, aos potenciais concorrentes. A *Contrario sensu*, deve ser exigida

tão somente para fins classificatórios, do licitante que ofertar o menor preço, quando dos lances verbais.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

---

A evolução histórica da licitação demonstra que a sua institucionalização foi marcada pela constante tentativa de garantir a escolha da melhor proposta, e, assim, satisfazer o interesse público, por meio de diretrizes, mais complexas ou não, a depender do momento social, econômico e político, sem violar a isonomia entre os licitantes.

Com a Lei 8.666/93, o ordenamento jurídico brasileiro ganhou um importante aliado no exercício dos procedimentos licitatórios e de contratações, visto que este diploma veio a regulamentar tais atividades administrativas.

A partir de então, delineou-se o procedimento licitatório como instituto prévio à contratação de serviços, aquisição de mercadorias ou realização de obras, que visa propiciar a escolha da melhor proposta para Administração Pública, resguardando o interesse público, garantindo a moralidade administrativa e proporcionando igualdade de oportunidades àqueles que desejam contratar com a Administração. Inegável é, pois, a importância dessa entidade.

A licitação encontra-se permeada por princípios que são verdadeiras bússolas na concretização das regras jurídicas estipuladas pela Lei 8.666/93, uma vez que, empregados pelo gestor público, otimizam a seleção da melhor proposta e preservam, concomitantemente, todos os demais preceitos fundamentais.

Mesmo diante da Lei Nacional de Licitações e Contratos, que estabelece regras rígidas ao disciplinar o certame licitatório, bem como dos princípios que a orientam, verificam-se fraudes nas licitações, proporcionando uma “desmoralização” dos gastos dos cofres públicos e, ainda, péssima qualidade dos produtos, o que vem a violar o propósito maior da licitação, a satisfação do interesse público e a eficiência a que está atrelada.

Nesse contexto, com o intuito de assegurar a qualidade dos produtos, o administrador pode exigir dos licitantes o material, desde que previamente pedido no edital, para ser comparado com as especificações requeridas no instrumento convocatório. Fala-se, nesse instante, da possibilidade de exigir as amostras.

Embora a exigência de amostras no procedimento licitatório seja tema palco de grandes debates jurídicos, sobretudo em virtude de não estar prevista na Lei Nacional de Licitações, majoritariamente, defende a doutrina que é possível solicitar amostras, conforme pode ser observado no decorrer do presente trabalho monográfico.

No entanto, as amostras não devem configurar a regra, mas, sim, uma excepcionalidade. De fato, cabe ao edital descrever o que deseja, tornando viável entender que determinada proposta, por uma análise documental, atenderá o que quer a Administração, mas nem sempre isto é possível, e, somente quando não for, admitir-se-á testes físicos.

Ressalta-se que somente é admissível solicitar as amostras na fase classificatória, jamais na de habilitação, vez que, nesse momento, não se quer aferir o produto, mas, ao contrário, atestar a idoneidade do licitante. Dessa maneira, seria requerida para fins de classificação, apenas do colocado em primeiro lugar, evitando-se, assim, retardamento no procedimento.

O posicionamento esposado é o mesmo do Tribunal de Contas da União, que reforça ser a amostragem meio de garantir uma boa contratação.

Quanto à modalidade pregão, eivada de benefício, principalmente pela celeridade e economicidade que propicia, as discussões se intensificam.

De forma predominante, entende a doutrina e jurisprudência do TCU, que não há incompatibilidade com o pregão a apresentação de amostras, desde que respeitado o princípio da economia e celeridade, devendo ser exigida apenas do colocado em primeiro lugar. Posicionamento este com o qual coadunamos.

## REFERÊNCIAS

---

ANDREATO, Danilo. **A exigência de amostras no pregão.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6092>>. Acesso em: 04 de Junho de 2010.

BONAVOLONTÁ, Renata Lopes de Castro. **A exigência das amostras nos editais licitatórios.** Disponível em: <[http://contratos.aithost.com.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=10675:a-exigencia-de-amostras-nos-editais-licitatorios&catid=86&Itemid=248](http://contratos.aithost.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=10675:a-exigencia-de-amostras-nos-editais-licitatorios&catid=86&Itemid=248)>. Acesso em: 01 junho de 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de Outubro de 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 06 de jun. de 2010.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.666, de 21 de julho de 1993,** regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm)>. Acesso em: 20 de agos. de 2010.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002,** institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm)>. Acesso em: 2 de set. de 2010.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Jurisprudência.** Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/TCU>>. Acesso em : 04 de Out. de 2010.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Jurisprudência.** Disponível em: <<<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/SP/index.html>>>. Acesso em: 04 de Out. de 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 22<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DE MELO, Verônica Vaz. **A questão das amostras no pregão presencial e eletrônico**. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7657](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7657)>. Acesso em: 30 de set. de 2010.

DE TORRES, Ronny Charles Lopes. **Leis de licitações públicas comentadas**. 3<sup>a</sup> ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de direito administrativo**. 13<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DOURADO, Márcia Almeida. **Licitações no Brasil**. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1196> >. Acesso em: 09 de agosto de 2010.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 11<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **Amostra nas licitações**. Boletim de Licitações e Contratos n<sup>o</sup>5/08.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos**. 8<sup>a</sup> ed. São Paulo: Dialética, 2001.

\_\_\_\_\_. **Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 4<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 13<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MONTEIRO, Yara Darcy Police Monteiro. **Fases e Procedimento**. 1ª ed., São Paulo: NDJ, 2000, p. 21.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**. 11ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Públicos**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Parecer n° 228**. Disponível em: <[http://www.fecam.org.br/consultoria/pareceres.php?cod\\_parecer=228](http://www.fecam.org.br/consultoria/pareceres.php?cod_parecer=228)>. Acesso em: 23 de set. de 2010.

PALMIERI, Marcello Rodrigues. **Amostras nas modalidades tradicionais (Concorrência, Tomada de preços e Convite) e no pregão**. Boletim e Contratos e Licitações n°10/06.

SANTOS, Sérgio Honorato dos. **“Reflexões sobre exigência, no edital, de apresentação de amostras para exame de conformidade”**. Boletim de Licitações e Contratos n°2/10.

SILVA, Wálteno Marques da. **Licitação tipo menor preço: legalidade do ato convocatório que prevê requisitos mínimos de aceitabilidade do objeto – a exigência de amostra ou Protótipo na fase do julgamento das propostas foi rechaçada pelo Tribunal de contas da união**. In.: Boletim de Licitações e Contratos n°3/2006.