



**DA ASSESSORIA JURÍDICA
PARA CHEFE DE LICITAÇÃO**

Trata-se de pedido de esclarecimentos ao edital do pregão presencial para registro de preço n.º 030/2014, requerendo a alteração do instrumento convocatório para que seja modificado o tipo de licitação para menor preço por item.

A impugnação rechaça a realização de licitação na modalidade pregão do tipo menor preço por lote.

Dada a tempestividade do pedido de esclarecimentos apresentada pela empresa BCR COMERCIO DE PRODUTOS NUTRICIONAIS E HOSPITALARES LTDA ME esta Assessora, analisando as razões apresentadas pela Requerente, passa ao mérito.

Em face do exposto, pela leitura do termo convocatório, pode-se concluir que esta Administração, por intermédio da Pregoeira, buscou confeccionar um edital com base no termo de referência elaborado pelo Departamento, o qual definiu de maneira precisa o que realmente contempla o interesse público e de conformidade com os ditames legais, buscando a proposta mais vantajosa e evitando a redução do universo de participantes do procedimento licitatório, preservado portanto, o referido interesse público.

Acontece que, por um lado, a Administração Pública, não pode restringir em demasia o objeto do contrato sob pena de frustrar a competitividade. Por outro, ela não pode definir o objeto de forma excessivamente ampla, haja vista que, nesse caso, os critérios para julgamento das propostas falecem, em virtude da própria administração admitir propostas díspares, inclusive as que não satisfazem ao interesse público. Portanto, a definição do objeto da licitação pública e as suas especificidades são eminentemente discricionárias, a qual compete ao agente administrativo avaliar o que o interesse público demanda obter mediante contrato para desenvolver satisfatoriamente as suas atividades administrativas.



Pretende a requerente ver singularizada proposta que atenda especificamente a sua atividade fim. Diferentemente do que deve a Administração Pública, onde o interesse público pautado nos princípios da proporcionalidade, economicidade, discricionariedade, eficiência, etc, devem atuar em supremacia aos interesses meta individuais.

Ao contrário do mencionado no fundamento das razões dos seus recursos, o TCU já decidiu pela impossibilidade de fracionamento de itens, através dos Acórdãos nºs 1590/2004 do plenário e 1437/2002.

Cumpra ponderar que, ao decidir pelo procedimento do julgamento das propostas em licitações, cujos objetos constituem-se bens divisíveis, que podem ser apartados em categorias ou grupos denominados comumente de "itens", bem como se diversos itens podem ser agrupados num único lote, a Administração lançando-se do poder discricionário que tem, permitiu que para o certame objetivado houvesse um vencedor, tendo em vista agrupar os itens em um único lote, contendo os itens agrupados pela sua similaridade, não descurando do interesse público, que demanda ser otimizado.

A Decisão do TCU de nº 393/94, supracitada, parece apontar, preferencialmente, a obrigatoriedade de licitação ser julgados por itens, excluindo-se, portanto, a possibilidade de se fazê-lo pelo preço global. Contrário a esses equívocos o Professor Ivan Barbosa Rigolin assinala a impertinência dos dispositivos legais citados (art. 3º, § 1º, inc. I, art. 8º, § 1º e art. 15, inc. IV, todos da Lei nº 8.666/93) com a questão relativa ao julgamento por itens ou pelo valor global, frisando, inclusive, que um dos dispositivos citados, o § 1º do art. 8º da Lei nº 8.666/93, já havia sido revogado à época da Decisão(g.n).

[...] A decisão nº 393/94, do E. TCU, de outro lado, não oferece a rigidez que aparenta, pelas próprias palavras que contém. Afirma que a adjudicação deve ser fracionada sempre que 'o objeto for divisível' e, ainda, 'sem prejuízo do conjunto ou do complexo'. Ora, então a decisão não pretendeu afirmar ou impor nada! Dentre os objetos divisíveis, quem delibera se a adjudicação deve ser fracionada ou global, com vistas a evitar 'prejuízo ao conjunto ou complexo', é sempre a entidade que licita, e ninguém mais! Quem sabe se o só fato de



fracionar a adjudicação prejudicará ou não o conjunto ou o complexo de objeto é sempre necessária e inarredavelmente, a entidade pública licitadora! Quem conhece o objeto necessário é a entidade que licita, e a princípio ninguém além dela (...).¹ (g.n)

Contudo, se, apesar do objeto da licitação divisível, o edital for silente em relação ao julgamento por itens, deverá ser considerado o menor preço global, não se permitindo à Administração realizar julgamento cindido, isto é, considerado por itens. Esta proibição dá-se em razão do princípio da vinculação ao ato convocatório enunciado nos arts. 3º e 41, da Lei nº 8.666/93. (ILC nº 28, junho/96, p.446) (Grifo acrescido).

A rigor, o agrupamento de vários itens num mesmo lote não compromete a competitividade do certame, desde que várias empresas, que atuam no mercado, apresentem condições e aptidão para cotar todos os itens, principalmente levando-se em consideração a modalidade adotada, em que os recursos de tecnologia de informação têm como principal vantagem, aproximar pessoas, encurtar distâncias, resultando em considerável ampliação da competitividade, gerando, conseqüentemente, inúmeras repercussões positivas num processo de licitação pública, dentre estas, a de aumentar a probabilidade de a Administração Pública firmar contrato mais vantajoso, haja vista que ela recebe mais propostas, beneficiando a eficiência em contratos administrativos.

A aquisição por itens é a **forma mais indicada** para a contratação. Ora, o que é **mais indicado** não é **obrigatório**. O obrigatório admite apenas uma solução, logo não se fala em mais ou menos indicado. Algo que é mais indicado pressupõe algo que seja menos indicado, porém que seja admissível, ainda que excepcionalmente.

O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO ao prolatar Decisão nº 393/94, gerou interpretações equivocadas, ao discorrer que:

... em decorrência do disposto no art. 3º, § 1º, inc. I, art. 8º, § 1º, e art. 15, inc. IV, todos da Lei nº 8.666/93, é obrigatória a admissão, nas licitações para a contratação de obras, serviços e compras, e para alienações, onde o objeto for de natureza divisível, sem



prejuízo do conjunto ou complexo, da adjudicação por itens e não pelo preço global, com vistas a propiciar a ampla participação dos licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam, contudo, fazê-lo com referência a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade. (grifo acrescido).

O Professor IVAN BARBOSA RIGOLIN redigiu comentários à referida Decisão, desnudando os seus equívocos e demonstrando que ela não exclui a possibilidade de se proceder ao julgamento pelo valor global. Inicialmente, ele assinala a impertinência dos dispositivos legais citados com a questão relativa ao julgamento por itens ou pelo valor global, frisando, inclusive, que um dos dispositivos citados, o § 1º do artigo 8º da Lei nº 8.666/93, já havia sido revogado à época da Decisão.

Em seguida, o referido autor refuta a idéia de que a Decisão nº 393/94 tenha concluído pela obrigatoriedade da licitação julgada por itens. Confirmam-se as palavras do autor:

A decisão nº 393/94, do e. TCU, de outro lado, não oferece a rigidez que aparenta, pelas próprias palavras que contém. Afirma que a adjudicação deve ser fracionada sempre que "o objeto for divisível" e, ainda, "sem prejuízo do conjunto ou do complexo". Ora, então a decisão não pretendeu afirmar ou impor nada! Dentre os objetos divisíveis, quem delibera se a adjudicação deve ser fracionada ou global, com vistas a evitar "prejuízo ao conjunto ou complexo", é sempre a entidade que licita, e ninguém mais! Quem sabe se o só fato de fracionar a adjudicação prejudicará ou não o conjunto ou o complexo do objeto é sempre, necessária e inarredavelmente, a entidade pública licitadora! Quem conhece o objeto necessário é a entidade que licita, e a princípio ninguém além dela! (...) Se é conveniente administrar um só contrato de fornecimento de todos os itens, ou se é preferível administrar um contrato de cada fornecedor de cada item, com todas as consequências da multiplicação de contratos que poderiam estar resumidos em um só, é problema que apenas e tão somente à entidade licitadora diz respeito, na forma das suas necessidades administrativas e operacionais que apenas ela conhece, e que a ninguém mais, com estrito sentido lógico, diz respeito! (RIGOLIN, Ivan Barbosa. Comentando as Licitações Públicas. Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2001. p. 73/74)



E, ainda, IVAN BARBOSA RIGOLIN arremata, rechaçando a tese de que a licitação julgada pelo valor global frustra a competitividade e afirmando que ela constitui regra tradicional. Leia-se:

Quanto à "frustração da competitividade" na adjudicação integral ou global, é idéia que não passa pela cabeça de estudioso algum, nem de prático das licitações, no país inteiro. Se a Administração dispõe da faculdade de desclassificar as propostas com condições desfavoráveis ou desvantajosas, e se a Administração sempre licitou com adjudicação global, pois que essa sempre foi a regra legal, e se o edital não disser diferente a adjudicação precisa ser sempre global, então não tem o menor sentido técnico inverter a regra de décadas a fio do serviço público, para, de uma hora para outra, afirmar que a lei está obrigando a exceção! (...) Entender, assim sendo, que a lei agora está a proibir a adjudicação global, ou que em qualquer hipótese é obrigatória à adjudicação fracionada, é ideia que não encontra fundamento em nenhum artigo ou dispositivo da atual lei de licitações, como não havia também na lei anterior, muito antes ao contrário, basta o edital silenciar, incide automaticamente a regra tradicional da adjudicação global. (Idem. p. 74)

Recentemente, cumpre registrar, o TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO prolatou outra decisão sobre o assunto, de certa forma revendo a decisão anterior supracitada, tendo concluído pela legalidade do julgamento por lote ou global, considerando que, no caso apreciado, havia justificativas para tanto, destacando-se o seguinte excerto do voto do Ministro Relator MARCOS BENQUERER COSTA:

A necessidade de adjudicação global foi bem demonstrada pela unidade técnica, pois os diversos itens licitados estão intrinsecamente relacionados, fazendo parte do mesmo processo produtivo. Assim, a adjudicação por itens poderia provocar que mais de uma empresa participasse da produção o que demandaria esforços gerenciais adicionais e dificuldades na responsabilização pelos trabalhos não executados adequadamente. (TCU, Acórdão nº 1.039/2005)



Na verdade, o entendimento esposado por IVAN BARBOSA RIGOLIN sempre foi o defendido pela mais abalizada doutrina nacional. Dentre outros, HELY LOPES MEIRELLES sustenta que:

A divisibilidade do objeto do julgamento é possível desde que o pedido no edital conste de itens ou subitens distintos, admitindo mais de um vencedor, e a proposta possa ser aceita por partes. Nesse caso, a adjudicação, a homologação ou a anulação do julgamento podem ser parciais, mantendo-se o que está correto e invalidando-se o que está ilegal no julgamento. (MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e Contrato Administrativo. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 150)

Ou seja, para HELY LOPES MEIRELLES o julgamento por itens é possível. Isso significa que o julgamento pelo valor global, que é a opção que resta, também é possível e, mais do que isso, é a regra.

Seguindo a mesma exegese, J.C. MARIENSE ESCOBAR complementa:

Ainda na doutrina do Prof. Hely Lopes Meirelles, o objeto da licitação é uno e indivisível, constituindo um todo para cada proposta. Esta regra somente poderá ser desconsiderada quando a divisão do objeto for fisicamente possível, e o edital permiti-la expressamente. Neste caso, deverá indicar de que modo às propostas podem fracionar-se. Do contrário, sem que o edital o permita, não será possível o fracionamento, ainda que fisicamente admissível. Para a hipótese desse fracionamento, o que se faz na prática, é a subdivisão do objeto, no texto do edital ou convite, em itens, e a informação de que poderão ser formuladas propostas para todos os itens ou para quaisquer deles, isoladamente, informando-se, igualmente, que para efeito de julgamento, as ofertas poderão ser adjudicadas no global ou parcialmente, por itens, conforme a subdivisão do objeto indicada no ato convocatório. (ESCOBAR, J. C. Mariense. Licitação: Teoria e Prática. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 27)

A consultoria ZENITE também adota tal orientação, vazada nos seguintes termos:



O ato convocatório (edital) é a lei interna da licitação, devendo nele serem fixadas todas as condições de realização do procedimento licitatório e da contratação. (Decisão nº 243/95, publicada no ILC nº 17 - julho/95, p. 533).

Contudo, se, apesar do objeto da licitação ser divisível, o edital for silente em relação ao julgamento por itens, deverá ser considerado o menor preço global, não se permitindo à Administração realizar julgamento cindido, isto é, considerado por itens. Esta proibição dá-se em razão do princípio da vinculação ao ato convocatório enunciado nos arts. 3º e 41, da Lei nº 8.666/93. (grifo acrescido. Informativo de Licitações e Contratos, 446/28/JUN/1996)

Na mesma trilha da doutrina, o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA pronunciou-se em torno da legalidade da licitação julgada pelo menor valor global, conforme se depreende do seguinte excerto:

... a exigência globalizada em uma única concorrência destinada à compra de uma variedade heterogênea de bens destinados a equipar entidade hospitalar não veda a competitividade entre as empresas concorrentes, desde que o edital permita a formação de consórcios que, ultima ratio, resulta do parcelamento das contratações, de modo a ampliar o acerto de pequenas empresas no certame, na inteligência harmônica das disposições contidas no art. 23 §§ 1º e 5º e 15, IV com a redação do art. 33, todos da Lei 8.666 de 21/06/93. (ROMS nº 6597-MS, 2º Turma, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro - DJU de 10/04/97, p. 12702)

Percebe-se que o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA permite que o julgamento da licitação seja realizado pelo menor valor global, em vez de ser realizado por itens. O acórdão supracitado diz respeito à compra de *variedade heterogênea de bens destinados a equipar entidade hospitalar*. Nele, a tese da frustração à competitividade foi afastada em razão da admissão à licitação de empresas consorciadas.

Cabe sublinhar, ainda em relação à decisão do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, no que tange à própria orientação das atividades administrativas, que ela deve prevalecer sobre as decisões dos tribunais de contas. Ora, é sabido e ressabido que o Judiciário



pode rever as decisões tomadas pelos tribunais de contas, até mesmo por força do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, cujo texto consagra o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário. Melhor explicando, a decisão do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, para fins e efeitos de orientação das atividades administrativas, devem prevalecer em relação às decisões tomadas pelos tribunais de contas, que, por não serem judiciais, não se revestem do mesmo vigor.

Ademais, a divisão do objeto em itens acarretará prejuízo para o conjunto devido a perda da economia em escala.

Diante do exposto, é permitido realizar licitação por lote, quer na modalidade pregão, quer nas demais modalidades.

Por todo o acima exposto e esclarecimentos solicitados, esta Assessora opina, à luz do objeto licitado e da conformidade das condições editalícias com o ordenamento jurídico, pela manutenção do instrumento convocatório, mantendo a data da abertura do certame.

Este é o parecer, S.M.J.

Socorro, 08 de abril de 2014.

PAULA FABIANA IRIE MELOTO

Assessora Jurídica

Advogada – OAB/SP 250.871