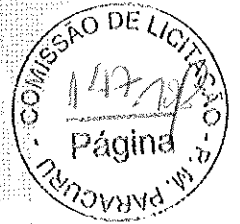


**ILUSTRÍSSIMO SENHOR WANDEBERGUE PAULINO DE OLIVEIRA,
MD. PREGOEIRO OFICIAL DO MUNICÍPIO DE PARACURÚ-CE.**

*Recabido em
30.01.2017
as 11h*



**PREGÃO PRESENCIAL - EDITAL Nº 2001.01/2017-EDUC.
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 1801.01/2017**

Endereço: Setor de Licitações do Município de PARACURU/CE, situada na Rua Coronel Meireles, nº 07 -
Centro-PARACURU - Ceará, CEP.: 62.680-000 - Telefone: (85) 3344-8800.

INTERESSADO: SECRETARIA DA EDUCAÇÃO DO MUNICÍPIO DE PARACURU-CE.

OBJETO: Registro de Preços para futuras e eventuais aquisição de gêneros alimentícios destinados à merenda
Escolar (PNAC, PNAP, PNAF, PEJA, AEE e MAIS EDUCAÇÃO) do município de Paracuru-CE, de acordo com
as especificações e quantitativos previstos no Anexo - Termo de Referência.

G P LEMOS COMÉRCIO VAREJISTA - ME, inscrita no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas - CNPJ sob nº. 21.691.247/0001-71, neste ato representada por seu por seu advogado infra-firmado "uf" instrumento procuratório que segue em anexo, regularmente inscrito na OAB/DF sob o nº. 20091 e OAB/CE nº 23.211-A, com escritório profissional na Rua Miguel Alves, nº 100, Sala "F", Centro, Maracanaú-CE, CEP.: 61.900-180, vem mui respeitosamente, à presença de Vossa Senhoria, para, nos termos da Lei pertinente (Lei 8.666/1993 c/c Lei nº 10.520/2002, e art. 12, caput e § 1º do Anexo I do Decreto nº 3.555, de 8/08/2000, e ainda, na forma do disposto na cláusula "17.2", do presente edital anotado em epígrafe, para apresentar, **apresentar,**

IMPUGNAÇÃO ao Edital de nº 2001.01/2017-
EDUC(Pregão Presencial), de interesse do Município de **PACATUBA-CE**,

em face do Título do Certame; da Falta de indicação da Fonte de Recursos Orçamentários/Financeiros; do teor normativo do Preâmbulo; e das cláusulas "10.1"; "16.1"; e, Termo de Referência item "2.1"; e, ainda, por constar do Anexo I, Termo de Referência, exigências e configuração desmedida e dissociada, em especial nos lotes 2; 4; e 5, por preverem que:



"-DO TÍTULO: PREGÃO PRESENCIAL Nº 2001.01/2017-EDU"

"-Da Falta de indicação da Fonte de Recursos Orçamentários/Financeiros;"

"-Preâmbulo- (...)1. TIPO DE LICITAÇÃO: MENOR PREÇO POR LOTE. (...)";

"10.1. Os licitantes deverão enviar suas propostas até a data e hora designadas para a abertura das mesmas, consignando o preço global do lote incluídos todos os custos diretos e indiretos, de acordo com o especificado neste edital".

"Anexo I – TERMO DE REFERÊNCIA: '2.1- Este objeto será realizado através de licitação na modalidade PREGÃO, na forma ELETRÔNICA, do tipo MENOR PREÇO POR LOTE, como a forma de fornecimento por demanda". (...)".

"Do evidente direcionamento assentado nos itens "2.7" do Lote "2"; "4.4" do Lote "4"; "5.7" do Lote "5".

De pronto, há que se observar que o presente Edital em objeção, começa equivocado até mesmo pela sua identificação, posto que a administração o definiu como sendo "Pregão Presencial" quando na verdade as suas disposições e elementos intrínsecos, denotam, inequivocamente, que o certame se dará pela modalidade Pregão do tipo Eletrônico, conforme consta da indicação da sua cláusula/item "5.2" do referido Edital do Certame.

Agora, quanto a "falta de indicação da fonte de recursos Orçamentários/Financeiros", certo é que Lei n.º 8.666/1993 exige, para que se possa deflagrar licitações públicas com vistas à aquisição de bens e à contratação de serviços e obras, que o administrador promova, nos autos do processo licitatório, a indicação dos recursos orçamentários necessários ao pagamento das obrigações decorrentes a serem executadas no exercício em curso; e, não basta para tanto uma informação de que no futuro serão indicados os recursos; posto que estes devem existir.

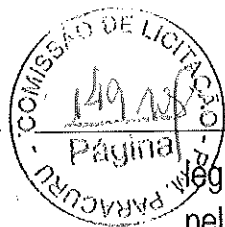
Nesse contexto, a disponibilidade de recursos orçamentários para fazer face às despesas decorrentes das licitações e respectivos contratos, dispõe a Lei n.º 8.666/1993, in verbis:

Art. 14. Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

Evidente, pois, que exige a legislação pertinente, para a deflagração de licitações com vistas à aquisição de bens, a previsão ou indicação dos recursos orçamentários suficientes para tanto.

Ao determinar a indispensável previsão ou indicação da disponibilidade orçamentária como condição para realização da licitação, teve o



legislador o intento de evitar que, no caso, compras fossem licitadas e/ou contratados pela Administração Pública e, posteriormente, não viessem ser concluídas, por insuficiência de recursos para tanto, levando a Administração a revogar a licitação e/ou rescindir o contrato eventualmente firmado, arcando, inclusive, com os custos e prejuízos causados à contratada, de sorte a comprometer, assim, o desenvolvimento das ações e projetos administrativos e, em última análise, a satisfação ao interesse público.

Trata-se, pois, de um imperativo lógico decorrente dos princípios da legalidade, da eficiência e da moralidade administrativa, que compelem o Poder Público a adotar práticas de planejamento administrativo e boa gestão dos recursos do Erário.

Nessa linha de intelecção, a lei, ao exigir a previsão ou indicação dos recursos orçamentários no instante mesmo em que se procede à abertura da licitação, não pode se contentar com a mera expectativa de futuros recursos orçamentários.

Vale dizer: não basta a inclusão, em projeto de lei orçamentária, de recursos que venham a socorrer, possivelmente, a despesa que o administrador tem em vista. Quando da deflagração da licitação, ao revés, a previsão dos recursos orçamentários já deve constar da Lei Orçamentária Anual (LOA) em vigor, relativa ao exercício financeiro em curso.

Admitir, para fins de atendimento à exigência legal em questão, a mera inclusão dos recursos no projeto de LOA, ou no projeto de lei que vise à inclusão de créditos adicionais (suplementares, especiais ou extraordinários) na LOA em vigor no exercício financeiro em curso, não se mostra juridicamente possível nem, tampouco, razoável, até porque não pode o administrador ter a certeza de que o projeto de lei será aprovado pelo Legislativo nos exatos termos em que apresentado, não lhe sendo dado garantir, por essa razão, que haverá a previsão desses recursos na redação final da LOA.

A exegese aqui defendida, conforma-se ao sistema orçamentário consagrado na Constituição Federal, cujo texto, inclusive, veda, em seu art. 167, incisos I e II, o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual, além de proibir a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais.

Sobre a questão, inclusive, Marçal Justen Filho¹ é categórico ao afirmar que:

1- JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª ed., São Paulo: Dialética, 2008.



"Qualquer contratação que importe dispêndio de recursos públicos depende da previsão de recursos orçamentários. Assim se impõe em decorrência do princípio constitucional de que todas as despesas deverão estar previstas no orçamento (art. 167, incs. I e II), somente podendo ser assumidos compromissos e deveres com fundamento na existência de receita prevista".

Igualmente, Joel de Menezes Niebuhr² leciona que:

Com o orçamento estimado em mãos, a Administração deve realizar a previsão orçamentária. A propósito, a exigência de previsão orçamentária decorre da Lei nº 8.666/93, mais precisamente do inciso III do §2º do seu art. 7º, cujo texto revela que "as obras e os serviços somente poderão ser licitados quando: houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma". Nos casos de obras e serviços que se estendam por mais de um exercício, é necessário, de acordo com o inciso IV do §2º do mesmo art. 7º, que "o produto dela esperado estiver contemplado nas metas estabelecidas no Plano Plurianual de que trata o art. 165 da Constituição Federal". Também o caput do art. 14 da Lei nº 8.666/93 determina que "nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento". A exigência de indicação dos recursos orçamentários visa a evitar que contratos sejam celebrados sem que a Administração disponha, no seu orçamento, da previsão do montante necessário para realizar os respectivos pagamentos. Quer-se evitar contratações aventureiras e o inadimplemento da Administração. Note-se que o dispositivo não exige a disposição de recursos antes da licitação ou mesmo antes da celebração do contrato. O dispositivo exige apenas que se disponha dos recursos no exercício financeiro correspondente ao contrato, isto é, que haja previsão dos recursos na respectiva lei orçamentária. Cumpre insistir - porque deveras frequente é a confusão - que a Administração não precisa dispor, à época da licitação, do montante necessário para arcar com o contrato; ela precisa apenas indicar que há previsões no orçamento para realizar os pagamentos futuros.

Note-se também, que outro não é o entendimento acerca do tema esposado pelo Tribunal de Contas da União – TCU, cuja jurisprudência considera irregular a deflagração de licitações sem a prévia indicação e previsão, na lei orçamentária anual vigente, dos recursos suficientes para fazer face às despesas decorrentes da futura contratação, como revelam os arestos a seguir colacionados:

Evite a ocorrência das falhas a seguir especificadas, relativas aos dispositivos a seguir mencionados da Lei nº 8.666/1993:

- ausência ou não-apresentação de registros concernentes ao levantamento dos preços unitários da obra e/ou à composição de custos unitários dos serviços constantes no orçamento da obra, com infração do art. 7º, § 2º, inciso II;
- ausência, por ocasião da licitação da obra, de previsão de recursos no Orçamento Geral da União que assegurem o pagamento das obrigações

2- NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011.



decorrentes de obras ou serviços a serem executados no exercício financeiro à época, de acordo com o respectivo cronograma, com transgressão do art. 7º, § 2º, inciso III. (Acórdão 554/2005 Plenário)

Podem ter início obras, nos termos do art. 7º, § 2º, inciso III, da Lei nº 8.666/1993, somente se existente dotação orçamentária compatível com o valor dos serviços previstos para o exercício em curso, de acordo com o respectivo cronograma físico-financeiro, que é instrumento basilar de planejamento e programação. É exigível dos administradores públicos que, em consequência, não só mantenham permanentemente atualizada a referida peça, bem assim dotem os contratos de obras públicas com empenho orçamentário suficiente para o pagamento de todas as obrigações decorrentes da execução dos serviços, inclusive o reajustamento devido de acordo com a cláusula aplicável. (Acórdão 1320/2006 Plenário)

Auditoria. PAC na área de saneamento. Indicação da dotação orçamentária no edital.

[ACÓRDÃO]

9.7. dar ciência à Prefeitura de Santo Antônio do Descoberto/GO sobre as seguintes impropriedades:

9.7.1. a ausência nos editais de licitação da indicação da dotação orçamentária pela qual correrão as despesas previstas, com a especificação correta da classificação funcional-programática e da categoria econômica, atentando-se para a necessidade de previsão de crédito orçamentário suficiente, afronta ao disposto no art. 167, inciso I, de Constituição Federal e dos artigos 7º, § 2º, inciso III, e 38, caput, da Lei 8.666/1993;

[RELATÓRIO]

4. Diante das irregularidades, foram realizadas audiências dos responsáveis, oitivas de empresas contratadas e diligência junto à Funasa. A Secex/GO analisou as respostas e apresentou proposta de encaminhamento nos seguintes termos (fls. 224/251):

"[...]

3. Irregularidade encontrada: Realização de licitação sem previsão orçamentária, ou com previsão orçamentária insuficiente, infringindo o art. 7º, § 2º, III, da Lei 8666/93.

"[...]

3.3 Análise:

"[...]

Observa-se o caráter genérico e aberto das disposições editalícias sobre a origem dos recursos financiadores das obras, a descumprir o disposto no inc. III do § 2º do art. 7º da Lei 8.666/93, que reza: 'As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma'.

Ambos os editais não especificam a dotação orçamentária municipal de forma suficiente, fazendo de forma aberta ou incerta quanto à fonte de recursos e o volume da dotação, ou seja, não especifica o programa, o elemento de despesa e o montante de recursos.

O edital do Município de Santo Antônio do Descoberto faz referências genéricas e imprecisas às fontes complementares, citando-as como



possibilidades alternativas e sem quantificar qualquer participação dessas. Tal situação equivale à chamada 'janela orçamentária', que expressa a falta de planejamento e nega o princípio e o objetivo do orçamento. Em tese e na prática, a falta completa da previsão orçamentária ou a sua previsão incompleta e inespecífica, como no presente caso, antecede (m) os condenáveis contratos guarda-chuva.

O atesto de determinados agentes públicos quanto à previsão orçamentária aventados pelos defendentes não elide a ausência de indicação da previsão orçamentária constatada em ambos os editais. Ocorre que a mera lacuna no edital da previsão orçamentária caracteriza falha formal apenas, cabendo apenas proposta de alerta às citadas prefeituras para que os futuros editais de licitação sejam elaborados de modo a identificar a previsão dos recursos orçamentários, em conformidade com o estabelecido no citado dispositivo legal.

[...]

Não se deve aqui minorar a importância das disposições legais sobre a correta previsão orçamentária dos recursos a amparar os procedimentos licitatórios, ao contrário, deve-se reconhecer sua imprescindibilidade, já que tais disposições são assecuratórias da boa gestão dos recursos públicos e especificam a conduta prudential do gestor licitante, em conformidade com os princípios administrativos e jurídicos do planejamento, do controle, da eficiência e da segurança jurídica. (AC-11196-41/11-2 Sessão: 22/11/11 Grupo: I Classe:

III Relator: Ministro AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI - Fiscalização - Auditoria de Conformidade)

Relatório de Auditoria realizada pela Secretaria de Controle Externo de Goiás - Secex/GO no Município de Alto Paraiso/GO, no período de 28/03 a 26/04/2011. Irregularidade encontrada: ausência de previsão de recursos orçamentários suficientes ou com previsão ilimitada de recursos para a execução do respectivo objeto no exercício financeiro em curso]

[ACÓRDÃO]

9.1. determinar à Prefeitura de Alto Paraiso de Goiás/GO que quando da aplicação de recursos públicos federais:

[...]

9.1.2. em respeito ao disposto no art. 7º, § 2º, inciso III, da Lei n. 8.666/1993, não realize licitação sem previsão de recursos orçamentários suficientes ou com previsão ilimitada de recursos para a execução do respectivo objeto no exercício financeiro em curso;

[RELATÓRIO]

4.1.1 - Situação encontrada:

A licitação relativa ao Edital de Concorrência Pública n. 03/2008 foi autorizada pelo Prefeito, Sr. [omissis], sem atentar para a necessidade de haver previsão de recursos orçamentários que assegurassem o pagamento das obrigações decorrentes das obras, de acordo com o respectivo cronograma (art. 7º, 2º, inciso III, da Lei n. 8.666/1993). Como não houve recursos orçamentários suficientes, a Administração teve que alterar o objeto, excluindo a obra de esgotamento sanitário do Setor Novo Horizonte - 1ª Etapa, no valor de R\$ 1.516.113,24 do contrato firmado.

[...]

4.1.7 - Conclusão da equipe:



A licitação de obra para a qual não exista previsão de recursos orçamentários suficientes, que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de sua execução, além de contrariar as disposições da Lei de Licitações, incorre no perigo de se iniciar um empreendimento que poderá resultar em mais uma obra paralisada por falta de recursos.

A indicação dos recursos orçamentários é condição necessária para que se proceda a qualquer licitação que envolva dispêndio de recursos públicos, significando uma reserva orçamentária estimada que a Administração deve realizar para honrar os futuros compromissos assumidos.

No caso em tela, apesar de não elidir por completo o achado, o aditivo ao Contrato n. 16/2009, que suprimiu os serviços relativos ao Sistema de Esgotamento Sanitário do Bairro de Novo Horizonte (1ª Etapa), abrandou a sua gravidade, ficando o valor do contrato compatível com os recursos orçamentários disponíveis, diminuindo, assim, o risco de descontinuidade da obra.

Dessa forma, cabe dar ciência a Prefeitura de Alto Paraíso de Goiás da necessidade de haver previsão de recursos orçamentários para a execução da obra no ano. (AC-4775-21/11-1 Sessão: 21/06/11 Grupo: I Classe:

III Relator: Ministro MARCOS BEMQUERER - Fiscalização – Levantamento) Monitoramento das determinações feitas à Fundação Universidade de Brasília - FUB, por intermédio da Decisão 30/2002-P - Representação em razão da contratação da fundação de apoio com dispensa de licitação. Emissão de empenhos em valores simbólicos, configurando assunção de despesas sem a necessária cobertura orçamentária.]

[VOTO]

6. O primeiro aspecto que julgo oportuno avultar refere-se à celebração de contratos mediante a emissão de empenhos em valores simbólicos, prática a qual configura a assunção de despesas sem a necessária cobertura orçamentária, prática expressamente vedada no artigo 7º, §2º, inciso III, e §9º, da Lei 8.666/1993 e no artigo 167, inciso III, da Constituição Federal, in verbis:

'Art. 167. São vedados:

[...]

II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;'

7. Tal prática, além de não encontrar amparo legal, pode fomentar prejuízos para a Administração Pública, pois na hipótese de não serem concedidos créditos orçamentários suficientes para fazer frente aos compromissos já assumidos pela contratante, pode a administração, na forma do artigo 79 do Estatuto das Licitações, ser compelida a rescindir o contrato e arcar com os custos e prejuízos regularmente comprovados pela contratada. (AC-2324-43/08-Sessão: 22/10/08 Grupo: II Classe: V Relator: Ministro

RAIMUNDO CARREIRO - Fiscalização – Monitoramento)

O Superior Tribunal de Justiça - STJ, por sua vez, decidiu, em 21/08/2012, no âmbito do REsp 1141021 / SP, da relatoria do Min. Mauro Campbell Marques, que a exigência legal aponta no sentido da previsão de recursos disponíveis à Administração na lei orçamentária anual, em acórdão assim ementado:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. OBRA PÚBLICA. ART. 7º, §2º, INCISO III, DA LEI Nº 8.666/93. EXIGÊNCIA DE PREVISÃO DE RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS.



1. Trata-se de discussão acerca da interpretação do disposto no art. 7º, §2º, inciso III, da Lei nº 8.666/93: se há a exigência efetiva da disponibilidade dos recursos nos cofres públicos ou apenas a necessidade da previsão dos recursos orçamentários.

2. Nas razões recursais o recorrente sustenta que o art. 7º, §2º, inciso III, da Lei nº 8.666/93 exige para a legalidade da licitação apenas a previsão de recursos orçamentários, exigência esta que foi plenamente cumprida.

3. O acórdão recorrido, ao se manifestar acerca do ponto ora discutido, decidiu que "inexistindo no erário os recursos para a contratação, violada se acha a regra prevista no art. 7º, §2º, III, da Lei 8.666/93".

4. A Lei nº 8.666/93 exige para a realização da licitação a existência de "previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma", ou seja, a lei não exige a disponibilidade financeira (fato da administração ter o recurso disponível ou liberado), mas, tão somente, que haja previsão destes recursos na lei orçamentária.

5. Recurso especial provido.

Assim, em atenção ao disposto na legislação de regência, deve a Administração indicar os recursos, por fonte e dotação, destinados ao financiamento da compra, obra ou serviço a licitar, não se admitindo referência genérica à autorização legislativa de abertura de créditos adicionais/especiais, sem especificação da rubrica orçamentária (TCU, AC-1823-33/09-P, Relator: Ministro Aroldo Cedraz).

Destarte, a mera inclusão dos recursos em projeto de lei à Lei Orçamentária Anual a ser editada ou ao orçamento vigente no exercício financeiro em curso, antes de sua regular aprovação pelo Congresso Nacional e sua conversão em dispositivo legal, não tem o condão de atender à necessária previsão ou indicação de recursos orçamentários na lei orçamentária anual, para fins do art. 7º, § 2º, inciso III, do art. 14 e do art. 38, caput, da Lei n.º 8.666/93.

Os entes da Administração Pública Federal, portanto, apenas podem emitir a declaração de disponibilidade de recursos orçamentários para fins de deflagração de licitação após a existência de efetiva previsão dos recursos necessários para tanto na Lei Orçamentária Anual em vigor no exercício financeiro em curso.

Por assim, embora a jurisprudência ater-se pragmaticamente ao artigo 7º, § 2º, inciso III, ao art. 38, caput, da Lei n.º 8.666/93, há que ser ressaltado que tal entendimento também firma-se em face do art. 14 da mesma lei, aplicável no caso, porquanto conclui-se que a informação de que os recursos serão informados por ocasião do contrato, não se revela suficiente para emissão da declaração de existência de recursos orçamentários com vistas à deflagração de licitação para aquisição dos bens objeto do presente certame ora objurgado.

Ademais, a declaração de disponibilidade orçamentária para fins de abertura do processo licitatório somente poderá ser emitida pelos entes após a efetiva



previsão dos recursos necessários para tanto na Lei Orçamentária Anual que estiver em vigor no exercício financeiro em curso, de modo que a mera expectativa de futuros recursos orçamentários não se mostra apta a satisfazer a exigência legal e constitucional a esse respeito.

No que pertine ao previsto no Edital no seu “-Preâmbulo- (...)1. TIPO DE LICITAÇÃO: MENOR PREÇO POR LOTE. (...)”; “10.1. Os licitantes deverão enviar suas propostas até a data e hora designadas para a abertura das mesmas, consignando o preço global do lote incluídos todos os custos diretos e indiretos, de acordo com o especificado neste edital”; “12.2- Para efeito de lances, será considerado o valor global do lote”; “Anexo I – TERMO DE REFERÊNCIA: ‘2.1- Este objeto será realizado através de licitação na modalidade PREGÃO, na forma ELETRÔNICA, do tipo MENOR PREÇO POR LOTE, como a forma de fornecimento por demanda’”. (...)”; em que pese o esforço da administração, no item/cláusula “5” do Anexo I – Termo de Referência; em justificar as razões nas quais se apoia para proceder a divisão no em lotes; temos que mesmo assim esta não se desincumbiu da tarefa de demonstrar técnica e matematicamente ser esta meritoriamente a mais adequada.

Assim, ante ao fato de estar a lei do certame a definir que o critério/tipo que será adotada na presente licitação, para a definição da melhor e mais vantajosa proposta para a Administração, ser o do “**Menor Preço por Lote**”, fato que, num primeiro passo de pronto refuta-se, pois o estabelecido, conforme adiante será amplamente delineado, não obstante a previsão e a justificativa delineada, apresenta-se totalmente ilegal em face a legislação e orientações aplicáveis a este caso *in concreto*, até porque as definições e descrições que deveriam ser precisas operam, neste caso, no sentido de se emprestar ao ‘**Lote**’ de produtos como se ele fosse uma unidade isolada deste (um item de produto), ou seja, como se fosse um único bem a ser fornecido e, é nisto que reside a restrição do caráter competitivo que, inclusive, ao contrário do previsto e da tentativa de justificação, é o que o Edital deveria/deve assegurar, isto afora as demais implicações que desta definição decorrem, conforme a seguir restarão destacadas e elididas.

Consabido é, que a Administração Pública, no desempenho de suas funções institucionais, ante a impossibilidade de atender seus objetivos administrativos e sociais, por si só, e quando necessitar adquirir e contratar com terceiros para a consecução dos seus fins, há que observar, por definição da nossa Carta Magna, as normas e procedimentos legais; deve sim é seguir o procedimento delimitado para a Licitação que venha a ser definida, que no caso Pregão Eletrônico e, conforme encontra-se disciplinado no art. 37, XXI da Carta Política e, não, por meras conjecturas tentar suprimir suas incorreções.



Agora, igualmente anote-se que o procedimento, (Licitação) exige que se observem determinados meios definidos para o seu curso(continuidade), isto para tornar legal essa aquisição e/ou contratação por esta ventilada, porquanto assim estar previstos na Lei, que no caso a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que veio por regulamentar o supra referido art. 37, inciso XXI, da CF; e, conseqüentemente, por instituir normas gerais para as mesmas (licitações e contratos da Administração Pública). Portanto, registre-se, que neste caso além da norma específica e aplicável a este caso concreto, a qual seja a lei 10.520/02; Decreto Federal Nº 5.450, de 31 de MAIO de 2005, isto de também ter que observar as normas gerais previstas e a serem seguidas por toda e qualquer licitação.

Neste escopo, a licitação deve corresponder, por assim, ao procedimento administrativo destinado à seleção da proposta mais vantajosa para a contratação desejada pela Administração Pública, desde que, não obstante se desrespeite a regra necessária do atendimento do interesse público, pois é esta quem assegura a igualdade de competição a todos os interessados, porquanto ser o que estabelece o art. 3º da Lei nº 8.666/93, *in fine*:

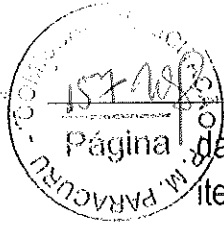
O artigo 3º da Lei 8666/93: A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

§ 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 imperlimente ou irrelevante para o específico objeto do contrato”;

Portanto, o procedimento licitatório, regulamentado pela Lei nº 8.666, conhecido como sendo o Estatuto das Licitações, visa objetivar, na oportunidade da contratação de obras, serviços e compras, dentre outros, quando realizada com terceiros é garantir, a isonomia de competição e, bem como, de que sejam respeitados os princípios afetos a administração pública. Destaque-se, que o mesmo é severo no sentido de assegurar a igualdade de competição (competitividade), a publicidade, a economicidade e a legalidade.

Há que se destacar, isto de pronto, que a licitação subdividida em lotes demarca direcionamento do certame, porquanto que por esta manobra se restringe a competitividade e o número de interessados no certame, visto que muitos licitantes que dele poderiam participar, dado as condições estabelecidas, não terão condições de atender conjuntamente a todos os itens de cada Lote, principalmente, diante do nível



das exigências e até mesmo do direcionamento que se evidencia em relação a alguns itens, conforme adiante será tratado.

Por sua vez a referida Lei 10.520/02 e o Decreto Federal nº Decreto Federal Nº 5.450/2005, aplicáveis neste caso *in concreto*, ditam que nos casos da modalidade definida no Certame (Pregão Eletrônico), que a Administração Pública, quando esta vier realizar as suas aquisições e/ou contratações, há de definir, de forma precisa que o critério/tipo para avaliação da melhor proposta, nestes casos sempre será o Menor Preço por item. Portanto, ao contrário se apresenta a definição do presente Edital em questão.

Assim sendo, afirmam-se as irregularidades acima destacadas porquanto que a Lei 8.666/93, ter definido no seu bojo, mais precisamente no art. 45, §1º e incisos, que este tipo de licitação, obrigatoriamente, deverá obedecer o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, a do tipo "Menor Preço".

Igualmente ocorre tal previsão com o advento da modalidade licitatória que se aplicou neste caso, a qual seja, Pregão Eletrônico, porquanto estar disposto no seu artigo 4º, inciso X, da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, também reconhecida como a Lei do Pregão, de que:

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

X - para julgamento e classificação das propostas, será adotado o **critério de menor preço**, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edita";

Assim sendo, toda aquisição de bens e serviços comuns deve respeitar o acima estabelecido, fato inclusive já consolidado nas contratações e, principalmente, nos processos de compras governamentais, posto que a administração pública num primeiro passo e até porque atualmente já se adequou às suas definições e termos, do que significa e é "bem comum", que está previsto no parágrafo único do art. 1º; da acima citada Lei e, também, num segundo momento, mas não menos importante, dado a economia que essa modalidade proporciona, é que essa Lei previu e estabeleceu para a modalidade um único critério de julgamento, o qual seja, o "Tipo Menor Preço", de acordo com o disposto no art. 4º, X, e é isto que deve ser considerado.

Todavia, embora atualmente ser cada vez mais frequente se perceber, que alguns administradores insistem em procedimentos licitatórios semelhantes ao que ora se apresenta, inclusive tentando justificar o injustificável, o qual seja da modalidade Pregão, aonde a adoção do critério de julgamento é obrigatória a do



tipo "Menor Preço"; contudo estes, no caso, para ludibriar veem e estabelecem, entretanto, um complemento, na forma de "Lote" e se criando, por assim, o "Menor Preço por Lote e/ou o Menor Preço Global por Lote", aonde, a exemplo destaca-se ser também o caso *in concreto*, visto que se agrupou determinados itens em um só lote e, aí se promove o julgamento, com base no preço total dos itens agrupados, ou seja do lote, e não no preço de cada item.

Desta forma, esse tipo de julgamento do "Menor Preço por Lote" fere, frontalmente, o Princípio da Economicidade, não se traduzindo, em hipótese alguma, na obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, posto que essa só seria e/ou será obtida com o critério "Menor Preço por Item", até porque, neste caso também aplica-se (de forma subsidiária, para a modalidade Pregão) a regra do art. 15, IV da Lei n° 8.666/93, que estabelece que *"as compras, sempre que possível, deverão ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade"*.

Ainda, veja-se que é no mesmo sentir, que corrobora o previsto no artigo 70 da Carta Federal, posto que além de ser mais do que um princípio constitucional, ele é inequivocamente aplicado às licitações, o qual seja, o da economicidade. Por assim, a relevância deste assume o contorno de se tornar regra basilar, estruturante e fundamental das licitações e, cabe como dever da Administração; respeitá-lo, sendo que a sua violação, além de se traduzir em prejuízo para o Poder Público, também afronta ao Princípio da Legalidade, bem como a eficiência dos atos da Administração, impedindo-a da busca do seu fim maior, que tem como base, dentre outros princípios, o atendimento do interesse público, ou seja, o Princípio da Supremacia do Interesse Público.

Neste prumo, não pode o "Menor Preço por Lote" ser aplicado, pois, não pode ter aplicação como se regra geral fosse e/ou por simples definição discricionária do Administrador, e por meras conjecturas chamadas de justificativas, principalmente em casos de aquisição de produtos similares estabelecidos no objeto descritos neste edital, a não ser que prévia e devidamente a Administração justificasse a sua decisão, onde de forma cabal deveria provar o ganho com o incremento da modalidade, fato o que não ocorre nestes autos.

Por assim, a razão deste **Pregão adotar o Tipo Menor Preço por Lote**, se pode afirmar que, a luz da legislação aplicável, da melhor doutrina a de jurisprudência apresenta-se como totalmente inapropriado, pois viola princípios e regras basilares deste tipo de certame licitatório.

Ocorre, também, que o critério estabelecido para o julgamento, **ser o tipo MENOR PREÇO POR LOTE**, aonde nos seus itens apresentam-se produtos dos



mais variados, inclusive, **em volumes extremamente significativos** que desconstituem todo e qualquer argumento sob escudo de perda de economia de escala, leva-nos a afirmar que o Pregão acima anotado trazer insculpido por estas cláusulas, de forma irrefutável, condições restritivas e/ou seletivas de participação, pois, escancara o direcionamento, uma vez que afasta-se do certame, pela forma da composição dos lotes e impropriedades acima destacadas em face deste edital, posto que grande parte de potenciais interessados e, por via de consequência, restringe o caráter competitivo da Licitação.

Por assim, diante das previstas cláusulas acima destacadas do edital, em que a(o) Licitante participante do certame **será vencedor** àquele que ofertar o **"MENOR PREÇO POR LOTE"**, e, ainda, vir a atender as exigências de habilitação deste Edital, enseja-nos concluir que as regras editalícias estão a impor a condição restritiva de participação a muitos e muitos licitantes interessados e potenciais participantes, inclusive os com atividade no próprio município, impõe-nos a reafirmar que o regramento estabelecido e ora fustigado está a afrontar a legislação acima avocada e por via de consequência leva a contaminar o Edital no seu todo, o que tornará eivado de vício insanável.

Ainda, no mesmo sentir em face do acima consubstanciado, fato é que consta do edital, ou seja, que neste está estabelecido por Preâmbulo e cláusula "10.1"; "12.2"; e, "2.1" do "Anexo I – TERMO DE REFERÊNCIA"; que o Licitante vencedor será escolhida com suporte no tipo **"MENOR PREÇO POR LOTE"**; leva-nos mais uma vez a verberar que tal irregularidade, por si só, já justifica a interposição da presente *impugnação*, visto que, se as regras acima elencadas forem cotejadas com o artigo 37, inc. XXI, da Constituição Federal(CF); c/c artigos 3º, § 1º inc. I; 15, IV, 23 § 1º, e, 44 caput e seu § 1º, da Lei 8.666/93; e, ainda, artigo 4º inciso X da lei 10.520/2002, ter-se-á que as mesmas estão totalmente desalinhadas com a legislação acima avocada e pertinente a matéria.

No mesmo perscrutar, há que se observar que a regra do edital apresenta-se ilegal e abusiva porquanto desrespeita o estabelecido na orientação firmada pela Corte de Contas(TCU), por sua "SÚMULA Nº. 247"; fato que, por assim, leva-nos a concluir estar totalmente materializada a ofensa ao espírito basilar da modalidade de certame que é o da isonomia e da competitividade, uma vez que os princípios constitucionais estabelecidos e norteadores da Administração Pública em geral, a razão do tipo firmado para o edital, terem sido violados e estarem a evidenciar o notório direcionamento do certame em favor de empresas de grande porte, pois a regra editalícia opera na limitação de competidores, porquanto verifica-se prejudicar os Empresários individuais e as Empresas de Pequeno Porte, visto que a composição em lotes e o tipo/critério definido para o certame, vieram por acentuar a limitação de competição, isto além do já afirmado direcionamento explícito, principalmente porque é

verdade sabida que existe número reduzido de fornecedores que opera com todos os produtos, listados nos respectivos lotes.

E, no caso do presente certame, não se venha alegar que houve preocupação para com estes (Empresários individuais e as Empresas de Pequeno Porte), porquanto se tenha previsto a reserva legal assegurada no art. 48 da Lei Complementar nº 123/2006, alterada pela Lei complementar 147/2014, posto que aqui se fala de especificidades decorrentes de lei, e, os argumentos acima fundam-se nos princípios e regras previstas que haveriam de ser respeitadas visando assegurar a competição entre todos os participantes de forma isonômica.

Também, se faz oportuno, antecipadamente, observar que a Lei 8.666/93, não silencia acerca de eventuais dúvidas, obscuridades ou discordâncias de todo e qualquer interessado em uma licitação, quando este busca os esclarecimentos necessários e/ou se opõe a qualquer decisão administrativa. Assim, na ausência de solução específica e razoável ao questionamento que ora é estabelecido ao edital; observa-se que, a resposta obscura ou omissa por parte da administração ter-se-á por inadmissível, até porque, num regime democrático a Administração tem o dever de esclarecer toda e qualquer dúvida dos particulares e, por assim ser; a decisão, que vier a definir a cerca das irregularidades acima apontadas; há de vir fundamentada, e de modo, que de fato a justifique, principalmente, em relação ao posicionamento que vier a ser adotado pela Administração.

De fato, constitui-se, como se vê no art. 3º da Lei 8.666/93, que a Administração Pública deve obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, fator que resguarda a democracia e propicia o controle dos gastos públicos. Assim é que é a Constituição Federal, que além de definir como o Administrador Público deve pautar sua conduta, também reafirma que a Administração Pública deve observância aos princípios constitucionais insculpidos no art. 37, caput, da CF.

Ainda, considerando-se o seu inciso XXI, igualmente, assegurado está à garantia do cidadão, ressalvados os casos especificados na legislação, que nos casos em que o poder público for contratar obras, serviços, compras e promover alienações, estes serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure *igualdade de condições a todos os concorrentes*, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, na qual somente há de se permitir exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, regra esta que tem como foco assegurar obtenção da proposta efetivamente mais vantajosa para a administração."

Neste ponto, embora estejamos sendo repetitivos, reafirma-se que a infração praticada pela administração é irrefutável, até porque, ante ao fato da estipulação para seleção da melhor e mais vantajosa proposta, ter fixado para o certame, **o tipo MENOR PREÇO POR LOTE**, como se tal medida regra geral fosse, e





porquanto, estando assim fixado, conclui-se estar materializado o vício insanável, visto que a adoção da regra *Menor Preço por Lote* é tida na jurisprudência e doutrina como medidas de exceção, e como toda exceção, esta deve ser plenamente justificada, fato que não ocorreu neste caso. E, em sendo assim, enseja concluir como sendo irremediável a declaração de invalidação do edital certame pelo desrespeito a regras elementares que deveriam ter sido seguidas pela Administração, inclusive, previstas na Carta Constitucional.

É notória a delimitação provocada por suas cláusulas acima destacadas aonde tem-se que a Licitação obedecerá o Tipo "**MENOR PREÇO POR LOTE**", fato que torna-a indubitavelmente tomada pela ilegalidade, uma vez que a regra e/ou o critério estabelecido está por ferir por nódoa a legislação aplicável no caso e, inclusive, a orientações da Corte de Contas(TCU) pertinentes ao tema, pois desconformes apresentam-se, principalmente, quanto ao entendimento fixado na sua "SÚMULA nº. 247".

Igualmente, forçoso é lembrar que a aplicação desta Súmula decorre dos efeitos consubstanciados da também Súmula do TCU de nº. 222; pois esta define estarem subordinados (as) a suas orientações e/ou decisões, tanto os administradores dos Poderes da União, quanto dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; e, em assim sendo, aonde as suas respectivas decisões, no que tange à aplicação de normas gerais de licitação, é que DEVEM ser seguidas e acatadas por todos os administradores, irremediavelmente. Registra-se ainda, que tal orientação deve ser inegavelmente seguida neste caso *in concreto*, principalmente porque certamente hão de envolver recursos repassados pelo Tesouro da União, para que se atendam os fins do objeto do certame.

Veja-se, que no tema a Súmula nº 247 do TCU, estabeleceu, de forma específica e inofismável; quanto ao Critério Menor Preço por Lote, que o Tipo e/ou o Critério a ser adotado é o critério do *MENOR PREÇO POR ITEM*, pois, veja-se:

"SÚMULA Nº. 247 - É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade".

Em igual tilintar, a 1ª Câmara Tribunal de Contas da União, no julgamento do processo nº 008.985/2000-3, Acórdão 171/2007, Relatado pelo Auditor Convocado, Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, Publicado no DOU em 09/02/2007, inclusive, tornou mais transparente o entendimento do enunciado da Súmula acima apontada, pois que:



"EMENTA: - REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. OBRIGATÓRIA ADMISSÃO DE ADJUDICAÇÃO POR ITENS EM OBJETO DIVISIVEL. RESTRIÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME. PROCEDÊNCIA. DETERMINAÇÕES.

1. 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.
2. É ilegal a previsão, no instrumento convocatório, de condições que restrinjam o caráter competitivo do certame". Grifo nosso.

Definiu também, a insigne Primeira Câmara do TCU, na oportunidade, quando do julgamento proferido no Acórdão 171/2007, por suas anotações do seu sumário, de que:

"(...)

- 1) É irregular o agrupamento, em um mesmo lote a ser licitado, de objetos divisíveis, haja vista o disposto no art. 23, § 1º, da Lei 8.666/93 e na Súmula 247 do TCU.
- 2) É ilegal a previsão, no instrumento convocatório, de condições que restrinjam o caráter competitivo do certame, nos termos do inc. I do § 1º do art. 3º da Lei 8.666/93, a exemplo da exigência de apresentação de atestados das empresas aéreas em nome da licitante, inibidora da participação de agências de viagens consolidadas".

Ainda, quando da oportunidade da assentada manifestação do seu voto, o relator deste julgamento, asseverou que a administração **"abstenha-se de admitir, nos instrumentos convocatórios, condições que restrinjam o caráter competitivo do certame, haja vista o disposto no inc. I do § 1º do art. 3º da Lei 8.666/93"**.

Neste escopo, a Lei 8666 de 21 de junho de 1993, que instituiu normas para licitações e contratos da Administração Pública, no seu artigo 3º caput e seu §1º acima transcrito e, artigos 15º inciso IV e a 23º caput e seu § 1º, *in fine* transcritos, define que:

"Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

IV - ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade"; (grifo nosso).

"Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

(...)

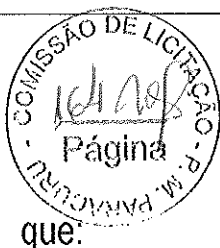
§ 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala".

Portanto, as disposições dessas normas, levam por reforçar o sentido da interpretação dada pelo TCU, na Súmula 247, é o que se pode no mínimo afirmar, visto que possuem por objetivo permitir uma maior competitividade ao certame, possibilitando que empresas de menor porte também participem da licitação, contribuindo, assim, para que se obtenha uma proposta mais vantajosa para a administração.

Ainda, no tema, interessante e também oportuno se faz registrar a manifestação do TCU expendida por sua decisão de nº 393/1994; do seu Plenário, em que na oportunidade, que por ocasião de um pedido feito, no qual se requereu esclarecimentos àquele Órgão, quanto à legalidade de se realizar a adjudicação por lote, em detrimento da adjudicação por item, de qual seria inclusive, a mais vantajosa para a administração; obteve-se, por resposta deste de que:

"... Firma entendimento sobre a adjudicação por itens e não pelo preço global, endereçando comunicação ao interessado e demais órgãos de controle interno e externo. A empresa em epígrafe, representada junto ao Tribunal pelo seu Gerente-Proprietário, esclarece que "habitualmente a compra de Gases Medicinais para o abastecimento de um Hospital Público é feita através de uma única licitação, abrangendo os diversos gases demandados pelo Hospital". Há casos em que as licitações são realizadas objetivando a aquisição de até 10 diferentes espécies de gases medicinais, os quais são cotados separadamente, apresentando-se o preço por item e, em conseqüência, o preço global do fornecimento. Alega que tal procedimento leva à prática de dois graves vícios, "com substanciais prejuízos aos cofres públicos", a saber: 1) exige-se nos editais capacitação para o fornecimento da totalidade dos gases, impedindo, assim, a habilitação de tradicionais fornecedores de diversos gases objeto da licitação. Cita como exemplo a inclusão do produto Oxigênio Líquido juntamente com produtos gasosos, o que afasta a maioria dos prováveis licitantes, dada a necessidade do transporte e armazenamento criogênico; 2) determinados órgãos interpretam que o critério de julgamento pelo menor preço refere-se ao menor preço global e não ao menor preço do item, o que, além de impedir a diversificação de fornecedores, pode acarretar sensíveis prejuízos financeiros. Como exemplo, observa que um participante pode ser derrotado em todos os itens e ter um menor preço global. Conclui indagando: "1 - É lícito, numa licitação com vários itens independentes, colocar exigências para habilitação proporcionais ao fornecimento total, impedindo a participação de fornecedores que poderiam competir em determinados itens? 2 - É lícito, numa licitação com vários itens, considerar vencedor o participante que apresentar o menor preço global?"

Por outro norte, no tocante a questão tipo/critério de escolha da melhor e mais vantajosa proposta para Administração, traz-se a consideração a Informação Inicial sob nº 9921/2012 (Parecer Técnico), da 1ª Inspeção da Diretoria de Fiscalização do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará (TCM-CE), datado de 26 de julho de 2012, publicado no sítio do TCM, após tomada de contas especial do seu gestor responsável, inclusive para seu conhecimento, até porque lhe ser de inegável subordinação, e note-se o que houve-se por estabelecer que:



Extraída do Sítio http://www.tcm.ce.gov.br/servicos/sap.php/processo/show/nu_protocolo_pr/1532912; do seu item 4.1.1(da Informação/Parecer, às fls.10/13):

(...)"

No item '4.3.1, a 1ª Inspecoria do TCM-CE, vem por afirmar de

que:

"O agrupamento de determinados itens em um só lote e a promoção do julgamento com base no preço total do lote, e não no preço de cada item fere, para o objeto em estudo, frontalmente os princípios da economicidade, legalidade e isonomia, não se traduzindo na obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, posto que essa somente seria obtida com o critério de "menor preço por item", na aplicação (subsidiária para a modalidade pregão) do artigo 15, IV, da Lei nº 8.666/93, já descrito acima".

Verifica-se assim, sob a ótica legal e formalmente admitida pela doutrina e jurisprudência, **é que não se recomenda esse critério de "Menor Preço por Lote"**, como sendo possível, mas apenas, o critério menor preço unitário. Atente-se que a utilização do tipo menor preço por lote demanda a necessidade de razões técnicas e econômicas, devidamente justificadas, que, de fato, raramente se aplicam aos casos concretos, conforme deveras demonstrado acima.

Saliente-se que esse pseudo-critério de julgamento estabelecido como "Menor preço por Lote" demonstra-se danoso ao erário, segundo entendimento do TCM-CE, firmado no parece acima destacado, pelos seguintes motivos:

"Primeiramente, em se tratando de diversos itens, **dever-se-ia ser estabelecido menor preço por item**, já que nas compras, a licitação sempre deverá, obrigatoriamente, ser do tipo menor preço, sendo que a licitação por itens opera como se diversas licitações fossem, agrupadas em uma só, devendo, assim, estabelecer-se como critério de julgamento o menor preço por item, face à individualidade de procedimentos (art. 4º, X da Lei nº 10.520/02 e, subsidiariamente, art. 15, IV c/c art. 45, § 1º, I da Lei nº 8.666/93);

Em segundo lugar, **para a adoção do critério do menor preço por lote**, como no caso em estudo, **deve-se, antecipada e necessariamente, justificar o motivo para tal (a exemplo de prejuízo, devidamente comprovado, se a licitação fosse por item, ou perda de economia de escala, etc.), ao que, em não havendo justificativa técnica e economicamente viável, além de plausível para isso, jamais se deveria adotar tal critério;**

Ressalte-se por oportuno que, para o caso em tela, os itens a serem adquiridos, isoladamente, constituiriam em grandes quantidades, afastando quaisquer alegações de perda de escala na adjudicação por item dos gêneros.

Sobre a subdivisão em lotes, vide o art. 19 do Decreto Municipal nº 12.255/07:

'A Administração, quando da aquisição de bens ou contratação de serviços, poderá subdividir a quantidade total do item em lotes, sempre que comprovado técnica e economicamente viável de forma a possibilitar maior competitividade, observado neste caso, dentre outros, a quantidade mínima, o prazo e o local de entrega ou de prestação de serviços'.

É importante trazer a lume que, segundo o Manual de Licitações e Contratos do Tribunal de Contas da União, pg. 239, em princípio, essa divisão em lotes



somente se justifica quando o lote ou grupo é constituído de vários itens para um só local ou ambiente. A título de exemplo ele cita a compra de móveis, em que todos os itens constantes do lote ou grupo, destinados a um determinado ambiente devem ser adquiridos de uma só empresa, de forma a manter idêntico estilo, modelo, design.

Para o caso ora em análise não resta dúvida de que esse entendimento do parágrafo anterior não se aplica, já que os gêneros alimentícios a serem adquiridos atenderão diversas escolas abrangidas pelas Secretarias Executivas Regionais I, II, III, IV, V, VI, conforme consta em documento junto à fl. 42. (...)

Pelo exposto demonstra-se a inescusável necessidade de justificativa para se preferir no menor preço por item, já essa é a regra constante da norma legal.

Dessa forma, partindo-se do pressuposto de que não houve justificativa plausível comprovando que a utilização do critério de menor preço por lote seria técnica e economicamente mais viável para a presente licitação, em lugar do critério de menor preço por item; Somado a isso o fato de que cada item constante dos gêneros alimentícios é solicitado em grande quantidade, não afetando a economia de escala; Esta Unidade Técnica compreende que houve afronta aos princípios da competitividade, economicidade e legalidade, não se podendo traduzir na possibilidade de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, mediante a isonomia entre competidores, fim único de toda licitação”.

Veja-se que os argumentos acima utilizados são de fato convincentes. Por assim, como aceitar que um licitante pode ser derrotado em todos os itens e ter um preço global melhor. Na verdade, fica claro que para uma mesma licitação que envolva uma série de itens variados é bem mais justo e vantajoso para a administração, realizar, especialmente quando se tratar de objeto divisível, a adjudicação item a item.

Portanto, se realmente a Administração tinha o interesse de realizar a adjudicação por lote, em detrimento da adjudicação por item; este que deve ser aplicado como regra; deveria a Administração a tempo próprio ter tido, obrigatoriamente, comprovado e demonstrado, por estudos e estatísticas de preços, que a escolha da aquisição por lote, era o melhor critério e que atendia ao interesse público. O que de fato, reafirma-se, não foi feito, pois, neste sentido absolutamente nada consta dos autos do certame, uma vez que as justificativas apresentadas no item/cláusula “5”, do Anexo I em que se apoia o Termo de Referência, não passam de conjecturas que visam a azáfama justificar a não obediência a ordem expressa em Lei.

Desta forma, percebe-se que esse tipo de julgamento fixado no edital, que é do “Menor Preço por Lote”, fere, frontalmente, o Princípio da Economicidade, não se traduzindo, em hipótese alguma, na obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, posto que esta condição só será obtida com o critério “Menor Preço por Item”. Observe-se que, na aplicação e interpretação subsidiária da regra do art. 15, IV da Lei nº 8.666/93, constatar-se-á que a mesma também estabelece



que "as compras, sempre que possível, deverão ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade".

Por assim, vê-se reluzir a reflexo do artigo 70 da nossa Carta Federal, mais do que um princípio constitucional estabelecido, até porque é de aplicação incontestada às licitações e, este é o princípio da economicidade. Veja-se que o mesmo afigura-se ser ponto basilar, estruturante e fundamental das licitações e **que há de ser seguido como dever (obrigação) pela Administração**. Porém, lamentavelmente neste caso concreto está sendo violada, ou seja, totalmente desrespeitada.

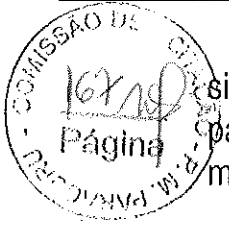
Observe-se ainda, que além da destacada violação; que se traduz em prejuízo para o Poder Público; este princípio; também, leva ao ensejo, neste caso concreto, a demarcar à afronta ao Princípio da Legalidade, bem como ao princípio da eficiência dos atos da Administração; visto que se está a impedir a busca do seu fim maior, que tem como base, isto dentre outros princípios, o atendimento da Supremacia do Interesse Público.

Seguindo-se nesta trilha, há que se observar ainda, que a relação entre os princípios regedores do procedimento licitatório; é que os mesmos não funcionam isoladamente e/ou incólumes; mas pelo contrário, pois sendo estas parcelas de uma engrenagem que regem a Administração Pública; é que tornam estreita a relação entre economicidade, legalidade e eficiência, e, por assim, não basta, apenas, a persecução da melhor proposta, mas esta tem que ser atingida, no entanto, de forma como prevista legalmente e de maneira eficiente na gestão dos recursos, tendo em vista o binômio custo-benefício.

Nessa toada, verifica-se assim que, de forma efetiva, legal e formalmente, não há como se aplicar neste Certame o critério de "Menor Preço por Lote", pois, **apenas o menor preço por item** apresenta-se legalmente viável; visto que atende a demanda e as necessárias razões técnicas e econômicas.

Assim, para que, no presente caso fosse possível estabelecer o **Tipo "Menor Preço por Lote"**, deveria ter, a administração, devidamente justificado a sua aplicação, fato que, repita-se mais uma vez, não ocorreu, posto que as justificativas que trouxe, não são suficientes a demonstrar qualquer que seja a vantagem, conforme estabelecido em Lei.

Portanto, o critério de julgamento estabelecido como **"Menor Preço por Lote"** apresenta-se danoso ao erário, uma vez que a licitação ao invés de cuidar de diversos itens num só lote deveria ter estabelecido o tipo menor preço por item, já que nas compras, a licitação, como regra, sempre deverá adotar, obrigatoriamente, o tipo menor preço por item e, em sendo assim, o certame por itens opera como se diversas licitações fossem, agrupadas em uma só, devendo, assim, estabelecer-se como critério de julgamento o menor preço por item, face à individualidade de procedimentos (art. 4º, X da Lei nº 10.520/02 c/c art. 8º, V do Dec. nº 3.555/00 e, subsidiariamente, art. 15, IV c/c art. 45, §1º, I da Lei nº 8.666/93).



Importante também se torna esclarecer, neste ponto, do que significa a exata dimensão da ata de Registro de Preços; porquanto tudo indicar que é a partir deste procedimento paradigma; que surge a idéia da aplicação na contratação por meio do Pregão; na configuração por lotes, que é o que ocorre neste caso.

No entanto, há que se observar que na modalidade Paradigma, a administração com base em planejamento de um ou mais órgãos/entidades públicos; vêm estes por se utilizar deste tipo de certame, visando uma futura contratação de bens e serviços; que poderá ser por meio de licitação na modalidade de concorrência e/ou até mesmo pregão, contudo, normalmente dado o volume do pedido em relação ao objeto, que em regra apresenta-se vultoso em cada "item", nestes casos, permite a lei a subdivisão deste(item) em Lotes. Portanto, desde que venha a ser demonstrado o aumento da competitividade, desde que seguidos alguns critérios objetivos, e este critério poderá levar a divisão do objeto em lotes, porém desde que corresponda a divisão de um único item em mais de um lote. E não do contrário, como no caso em objeção, aonde vários itens foram reunidos em um só lote.

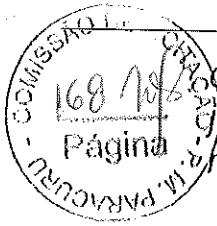
Registre-se, contudo, que no Registro de Preço, a contratação só é realizada quando melhor convier aos órgãos/entidades que integram essa Ata.

Em função destes aspectos como quantidades mínimas, prazo e local de entrega muitas vezes é possível separar as necessidades de bens e serviços em lotes. Assim, torna-se mais atrativo para determinados fornecedores. Agora essa divisão em lotes só pode ser realizada sempre que se vislumbrar o aumento de competitividade o que poderá resultar em menores preços e, dessa forma, mais economia para a administração.

AGORA, ressalte-se O MAIS IMPORTANTE É QUE A DIVISÃO EM LOTE SOMENTE PODERÁ SER DECORRENTE DA DIVISÃO DE UM DETERMINADO ITEM E NÃO O AGRUPAMENTO DE VÁRIOS INTENS EM UM SÓ LOTE, conforme está definido pelo disposto nas prescrições do artigo 5º do Decreto 3.931/01, pois veja-se:

"Art. 5º A Administração, quando da aquisição de bens ou contratação de serviços, **poderá subdividir a quantidade total do item em lotes**, sempre que comprovado técnica e economicamente viável, de forma a possibilitar maior competitividade, observado, neste caso, dentre outros, a quantidade mínima, o prazo e o local de entrega ou de prestação dos serviços".

Por sua vez, no que se refere ao inicialmente suscitado como "evidente direcionamento assentado nos itens "2.7" do Lote "2"; "4.4" do Lote "4", "5.7" do Lote "5" do presente Edital ora posto a chibata, nesta oportunidade, registra-se que não há necessidade de ser expert nestes produtos, para se concluir qual o produto/marca será o vencedor do certame. No entanto, oportuno salientar que o artigo 7º, inciso I, parágrafo 5º, da Lei 8.666/93 estabelece que *"é vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas*



características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório".

Portanto, a definição do objeto da contratação, no pregão, perfaz-se de forma simples, pois não se pode perder de vista que esta modalidade de licitação é cabível para a aquisição de bens e serviços comuns, que são, nos termos da respectiva lei de regência, aqueles "cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado".

Ou seja, quando o administrador, ainda na fase interna do pregão, definir o objeto da contratação pretendida pela Administração, vier a perceber que está diante de um bem ou serviço que necessita de especificações de monta, com excessivo detalhamento, terá diante de si um bem ou serviço não se caracteriza como comum, e, nessa hipótese, deverá optar por outro procedimento licitatório (decidindo pela modalidade correta, consoante os ditames legais) que não o pregão.

Cumprе observar, em aditamento no respeitante à definição do objeto, que a Lei nº 10.520/02, em seu art. 3º, II, 2ª parte, veda, peremptoriamente, "especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição".

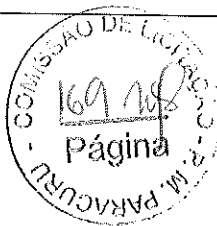
Assim denota-se que, ante a mais esta incongruência materializada no edital, que dela também decorrem uma série de outras ilegalidades, enseja-nos requer, que sejam estes pontos aclarados, inclusive a razão dos fatos e fundamentos consubstanciados por esta impugnação concluir que as regras neste ponto do edital, estão aptas, mas a dar ensejo é às arbitrariedades suscitadas e, motivo pelo qual deverão ser repelidas irremediavelmente e o teor das regras objetadas devidamente, seguindo-se o ordenamento devidamente ajustadas.

Nesta cadência, não há como deixar de trazer a colação os ensinamentos do insigne Mestre Administrativista, *Hely Lopes Meirelles* quando sobre o tema assim se pronunciou:

"A igualdade entre os licitantes é princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, que através de cláusulas que, no edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, que mediante julgamento faccioso, que desiguale os iguais ou iguale os desiguais". (*in* Direito Administrativo Brasileiro, 18ª Edição, Malheiros Editores, pg. 249).

Por sua vez, o não menos e renomado doutrinador, Celso Antônio Bandeira de Mello, no tema, nos ensina que:

"O princípio da isonomia ou igualdade dos administradores em face da Administração firma a tese de que esta não pode desenvolver qualquer espécie de favoritismo ou desvalia em proveito ou detrimento de alguém. Há de agir com obediência ao princípio da impessoalidade uma vez que os interesses que lhe incumbe perseguir são pertinentes à Sociedade como um todo, quaisquer atos que os órgãos administrativos pratiquem devem, necessariamente, refletir, na medida



do possível, a igualdade de oportunidades para todos os administrados". (*In* Elementos de Direito Administrativo, 3ª Edição, Malheiros Editores, pg. 32).

Ainda, relativamente a não aplicação dos princípios avocados, que o edital convocatório do certame desrespeitou ao passar ao largo sob a escaramuça de aparente legalidade, traz-se na referência o brilhante ensinamento do Professor *Jessé Torres Pereira Júnior*, que diz:

"Quanto aos princípios nomeados na Lei nº 8.666/93, consigne-se, por ora, que:

a) O da igualdade impõe à Administração elaborar regras claras, que assegurem aos participantes da licitação condições DE ABSOLUTA EQUIVALÊNCIA durante a disputa, tanto entre si quanto perante a Administração, intolerável qualquer espécie de favorecimento"; (*in* Comentários à Nova Lei de Licitações Públicas, Ed. Renovar, pg. 25).

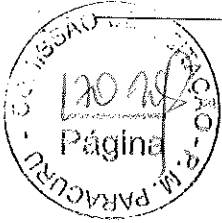
No âmbito das compras realizadas pela Administração Pública há que ser destacado que o *instituto da licitação reveste-se de grande importância, atualmente*, pois objetiva garantir a observância dos princípios constitucionais estabelecidos no artigo 37 da nossa Carta Magna, onde o da isonomia reveste-se como da mais alta importância, pois ao se selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração na sua mais límpida acepção, esta deverá assegurar oportunidade igual a todos os interessados e possibilitar o comparecimento ao certame do maior número possível de concorrentes.

Adverte-se ainda, que desde a escolha da modalidade cabível, em toda e qualquer licitação, se deve ter e, muito presente, que vários requisitos e procedimentos devem ser seguidos. E, evidentemente, a natureza do objeto a ser licitado tem relevância para a escolha da modalidade.

Neste ponto a autoridade deverá determinar qual a modalidade apresenta-se a mais eficaz e, no presente caso, por tratar-se de aquisição de produtos/bens comuns, a regra é adotar, e como o foi, no caso deste Pregão. Contudo, a luz da Lei 10.520, que foi editada com fundamento no art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal e objetivando dar consonância ao art. 37, inciso XXI, da nossa Carta Magna, o **critério/tipo, menor preço por item era a decisão que se impunha, no entanto fora desrespeitada.**

Agora, observe-se que é esse mesmo dispositivo constitucional (art. art. 37, XXI, da CF) que fundamenta a validade da Lei 8.666, que, por assim, as duas leis (A Lei 10.520/2002 e 8.666/93), que devem ser interpretadas em conjunto, não só porque compõem o sistema jurídico, mas, sobretudo porque têm o mesmo, fundamento constitucional.

A tal retumbar, grita o contrassenso ante o disparate demarcado no próprio Edital, ante a individualização por Lote e as demais irregularidades apontadas, visto que tais previsões não atendem aos princípios constitucionais e orientações da Lei



e, bem como, desrespeitarem a interpretação definida por aplicável nestes caso estabelecida pela Corte de Contas da União, razão pela qual, conclui-se, que o Edital vem por ferir regras previstas para esta modalidade de certame, em especial, os princípios da legalidade, da igualdade/isonomia, da publicidade e da economicidade.

A tais termos, ante a relevância dos fundamentos articulados nesta impugnação, que restam por suficientemente demonstrados, não se olvide que as regras fustigadas estão a dar ensejo a que se suspenda o curso deste certame e, ainda, por via de consequência corrija-se (reformule-se) a normatização do aludido edital, além de também assentar-se do corpo do mesmo a indicação dos recursos orçamentários/financeiros que irão fazer frente a despesas decorrentes. Enfim, a razão dos fatos e fundamentos nesta impugnação consubstanciados vindica-se os devidos ajustes no Edital ora posto a vergasta.

Termos em que,
Pede Deferimento.

Fortaleza/CE, 29 de janeiro de 2017.

REINALDO SZYDŁOSKI,
OAB-DF 20091 e OAB/CE 23211-A

G P LEMOS COMÉRCIO VAREJISTA - ME,
CNPJ sob n.º. 21.691.247/0001-71
GILVANILSON PIMENTA LEMOS
Administrador