

UNIVERSIDADE TUIUTI DO PARANÁ

Maria de Fátima Almeida

**O PREGÃO ELETRÔNICO À LUZ DOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS DA PUBLICIDADE E DA EFICIÊNCIA**

CURITIBA

2011

**O PREGÃO ELETRÔNICO À LUZ DOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS DA PUBLICIDADE E DA EFICIÊNCIA**

CURITIBA

2011

Maria de Fátima Almeida

**O PREGÃO ELETRÔNICO À LUZ DOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS DA PUBLICIDADE E DA EFICIÊNCIA**

**Monografia apresentada como requisito parcial
para a obtenção de título de Bacharel em Direito
do Curso de Direito da Faculdade de Ciências
Jurídicas da Universidade Tuiuti do Paraná.**

Orientador: Prof. Thiago Lima Breus

CURITIBA

2011

TERMO DE APROVAÇÃO
Maria de Fátima Almeida

O PREGÃO ELETRÔNICO À LUZ DOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS DA PUBLICIDADE E DA EFICIÊNCIA

Esta monografia foi julgada e aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito da Universidade Tuiuti do Paraná.

Curitiba, __ de _____ de 2011.

Curso de Direito
Universidade Tuiuti do Paraná

Orientador: Prof. Thiago Lima Breus

Aos meus filhos Luca e Giorgia,
pela paciência, carinho e incentivo.

A vida não dá nem empresta;
não se comove nem se apieda.
Tudo quanto ela faz é retribuir e transferir
aquilo que nós lhe oferecemos.

Albert Einstein

RESUMO

Em 1988 houve a constitucionalização do instituto da licitação, artigo 37, inciso XXI. Em 1993, com a edição da Lei n.º 8.666, foram instituídas cinco modalidades de licitação, sendo elas: concorrência, tomada de preços, convite, leilão e concurso, cada uma delas estabelecendo procedimento peculiar em relação às demais e caminhos distintos para realização do procedimento licitatório. Porém, face às exigências feitas pela sociedade e até mesmo pela própria Administração Pública, o modelo ora apresentado para realização dessas modalidades foi reformulado, buscando alcançar maior eficiência e transparência. Neste contexto de evolução, através da Lei n.º 10.520/02, foi criada uma nova modalidade de licitação chamada pregão, podendo ser realizada na forma presencial ou eletrônica, visando a contratação de bens e serviços comuns, com aplicação para todos os entes da Federação. O Pregão Eletrônico, regulamentado pelo Decreto n. 5.450/05 tem uma série de particularidades em relação às demais modalidades previstas na Lei n.º 8.666/93, dentre elas o leilão reverso e a inversão em suas fases, no qual primeiro são classificadas as propostas e selecionada a vencedora, para em um segundo momento ser verificada a habilitação, a qual só é feita para o proponente vencedor. Mas a principal inovação desta modalidade é que sua realização utiliza os recursos da tecnologia da informação, resultando na simplificação do procedimento e ampliação do universo de licitantes, favorecendo a celeridade, economicidade e uma efetiva transparência em razão de sua forma de publicidade, propiciando desta forma o cumprimento dos princípios constitucionais da eficiência e da publicidade previstos no caput do artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: administração pública; princípio; licitação; publicidade; eficiência; pregão

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DO INSTITUTO DA LICITAÇÃO	9
2.1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	9
2.2 O INSTITUTO DA LICITAÇÃO.....	10
2.2.1 Conceito e finalidade da licitação	12
3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DO PROCESSO LICITATÓRIO	15
3.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	17
3.2 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE	19
3.3 PRINCÍPIO DA MORALIDADE	20
4 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA	23
5 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PUBLICIDADE	26
6 A REFORMULAÇÃO E INSTITUIÇÃO DE NOVA FORMA DE LICITAR: O PREGÃO	28
6.1 O PREGÃO ELETRÔNICO.....	32
6.2 O PREGOEIRO E SUA EQUIPE DE APOIO	34
7 A CELERIDADE (E EFICIÊNCIA?) GERADA AO CERTAME COM A INVERSÃO DAS FASES DE HABILITAÇÃO E JULGAMENTO	38
8 A PUBLICIDADE CONTRAPOSTA À CORRUPÇÃO	41
CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS	48

1 INTRODUÇÃO

Com o avanço da administração pública na contemporaneidade, os ideais republicanos e democráticos cada vez mais obrigam a uma gestão pública profissionalizada, com procedimentos que assegurem o atendimento a princípios constitucionais como isonomia, moralidade, publicidade, eficiência, entre outros. O presente estudo buscará analisar o Pregão Eletrônico face aos princípios constitucionais da eficiência e da publicidade tendo em vista esse novo modelo de Administração Pública, a qual deve pautar todos os seus atos de acordo com a legislação, sendo que no tocante a aquisição de bens e serviços esta situação não é diferente, pois o administrador, ao aplicar os recursos públicos, deverá decidir e se comportar da melhor maneira possível buscando, no cumprimento de suas atividades, adotar providências visando sempre o alcance do interesse público.

A evolução dos dispositivos legislativos pertinentes a matéria demonstram uma permanente preocupação com o controle do processo licitatório e a boa aplicação dos recursos públicos. Da análise dessas legislações é possível concluir que, partindo da necessidade e busca da eficiência, no qual todo agente público deve desenvolver suas atribuições e atividades do modo mais oportuno e adequado ao fim a ser alcançado, nos alçamos ao princípio da publicidade como impositivo para a transparência das atividades administrativas, exatamente para que os administrados possam conferir se esses processos estão sendo bem ou mal conduzidos.

Num princípio repousam os parâmetros direcionadores de um sistema e quando esse princípio se encontra constitucionalmente positivado, ele se impõe como norma jurídica a ser observada pela Administração Pública e por seus administrados. Neste contexto pretendemos demonstrar que o pregão eletrônico cumpre os princípios

constitucionais da eficiência e da publicidade, inseridos no caput do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, o primeiro pela Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de junho de 1.998, em face a celeridade proporcionada aos processos licitatórios pela inversão de suas fases e pela ampla possibilidade de participação da população, pela modernização e democratização do acesso à informação, fazendo com que licitantes e governantes caminhem para uma necessária modalidade administrativa, pondo fim a infundáveis desmandos, superfaturamentos e burla às leis, patologias hoje encontradas na Administração Pública.

2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DO INSTITUTO DA LICITAÇÃO

2.1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Constituição Federal de 1988 regulamenta, no Título III, um capítulo específico para a organização da administração pública, pormenorizando-a enquanto estrutura governamental e enquanto função, e determinando no art. 37 que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedeça, além de outros preceitos expressos, aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Para uma análise mais completa da Administração Pública, precisa-se primeiramente compreender com mais precisão seu conceito. Alexandre de Moraes, ao conceituar Administração Pública expôs-lhe dois sentidos, um objetivo e outro subjetivo:

A Administração Pública pode ser definida *objetivamente* como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para a consecução dos interesses coletivos e, *subjetivamente* como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado.¹

Na visão de Hely Lopes Meirelles,

Administração Pública, em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços do próprio Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. Numa visão global, a Administração Pública é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de seus serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas.²

¹ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 8.ed. atualizada até a EC 67/10. São Paulo: Atlas, 2011. p.716.

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.65.

Alexandre de Moraes, ao comentar a Constituição enfatiza que

A Constituição da República de 1988, ao constitucionalizar os princípios e preceitos básicos da administração Pública, permitiu um alargamento da função jurisdicional sobre os atos administrativos, consagrando a plena incidência do controle de constitucionalidade.

[...] em face da modernização e do agigantamento do Estado, a constitucionalização do Direito Administrativo representa verdadeiro instrumento de combate à corrupção em todos os níveis da administração Pública, em defesa da legitimidade do regime democrático.³

A Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, descontados o pagamento com pessoal e dívidas públicas, emprega o restante arrecadado em investimentos e manutenção dos bens públicos, o emprego destes recursos são feitos por intermédio de licitações.

O Estado Democrático de Direito preza pelo bem estar da sociedade e para que isso se materialize é necessário adotar medidas que proporcionem a igualdade de competição entre seus cidadãos no tocante ao emprego das verbas públicas, para equacionar esta questão foi criado o processo licitatório.

2.2 O INSTITUTO DA LICITAÇÃO

É a própria Constituição que a impõe, no inciso XXI do artigo 37, nos seguintes termos:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações **serão contratados mediante processo de licitação pública** que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, **nos termos da lei**, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações [grifo meu].⁴

Assim, com a promulgação da Constituição de 1988 finalmente o instituto da licitação foi elevando à altitude constitucional e sua observância passou a ser

³ MORAES, *op. cit.*, p.709-712.

⁴ *Id.*, p.809.

obrigatória pela Administração Pública direta e indireta de todos os poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, possibilitando a lisura e o emprego regular do dinheiro público.

Quanto aos fundamentos da licitação, José dos Santos Carvalho Filho assevera que:

Quando foi concebido o procedimento de licitação, assegurou-se o legislador em determinados fundamentos inspiradores. E um deles foi, sem dúvida, a moralidade administrativa. Outro foi a necessidade de proporcionar igualdade de oportunidades a todos quantos se interessam em contratar com a Administração.

A licitação veio prevenir eventuais condutas de improbidade por parte do administrador, algumas vezes curvados a acenos ilegítimos por parte de particulares, outras levados por sua própria deslealdade para com a Administração e a coletividade que representa.⁵

Ao particular é permitido realizar todos os atos que não estejam proibidos em lei, já para a Administração todos os atos a serem realizados precisam estar previstos em lei, desta forma o particular quando desejar adquirir, alienar, locar ou mesmo contratar a realização de obras e serviços terá ampla liberdade ao fazê-lo, já a administração pública somente poderá realizar tais atos por meio de que dispõe a legislação.

Assim expõe Joel de Menezes Niebuhr ao tratar de licitação pública:

A Administração Pública é dotada de poderes, atua, o mais das vezes, de modo unilateral, gozando de privilégios que a põem em posição de superioridade em relação a terceiros. Todavia, noutro plano, cabe assinalar que incide sobre ela uma série de limitações, de sujeições mais rigorosas do que as incidentes sobre os particulares, tudo para que se imprima ao gerenciamento do interesse público postura equânime e impessoal, que não sirva para beneficiar afilhados, nem para desfavorecer desafortunados.

Isso porque o interesse público, que, saliente-se, é o ponto nevrálgico da função administrativa, pertence à coletividade, jamais a particulares, por maiores que sejam os seus atributos morais, por maiores que sejam as suas autoridades. O interesse público diz respeito às expectativas do todo, não das partes individualmente concebidas.⁶

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21.ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 231.

⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.47.

Os autores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo assinalam que:

A doutrina conceitua licitação como um procedimento administrativo, de observância obrigatória pelas entidades governamentais, em que, observada a igualdade entre os participantes, deve ser selecionada a melhor proposta dentre as apresentadas pelos interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, uma vez preenchidos os requisitos necessários ao bom cumprimento das obrigações a que eles se propõem.

Licitação traz ínsita a idéia de disputa isonômica ao fim da qual será selecionada a proposta mais vantajosa aos interesses da Administração com vistas à celebração de um contrato administrativo, entre ela e o particular vencedor do certame [...].⁷

A Lei 8.666/93 regulamenta o dispositivo constitucional e institui regras para as licitações e contratos da Administração Pública, estabelece normas gerais e fixa princípios para o instituto, detalhando-os ao longo de seus dispositivos e tendo extremo cuidado com a parte procedimental.

2.2.1 Conceito e finalidade da licitação

Dentre os conceitos postulados por vários doutrinadores sobre licitação, convém destacar que todos convergem para a busca da proposta mais vantajosa, respeitado o princípio da isonomia entre os participantes, objetivando a contratação com particular.

A esse respeito se manifesta Hely Lopes Meirelles,

Licitação é o procedimento mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia iguais oportunidades a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.⁸

Odete Medauar conceitua:

⁷ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 17.ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

⁸ MEIRELLES, *op. cit.*, p.281.

Licitação, no ordenamento brasileiro, é o processo administrativo em que a sucessão de fases e atos leva à indicação de quem vai celebrar contrato com a Administração. Visa, portanto, a selecionar quem vai contratar com a Administração, por oferecer proposta mais vantajosa ao interesse público. A decisão final do processo licitatório aponta o futuro contratado.⁹

Já Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua licitação da seguinte maneira:

é o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretende alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obras, 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.¹⁰

Também a Lei n.º 8.666/93, em seu art. 3.º, conceituou licitação, em conformidade com os conceitos doutrinários já vistos:

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.¹¹

Porém, cabe destacar que embora a doutrina se volte, ao conceituar licitação, para a busca da proposta mais vantajosa, esta busca não significa pagar menos, mas pagar o melhor preço e obter o melhor preço, o qual significa satisfazer plenamente a necessidade da administração e realizar o menor desembolso de recursos financeiros.

Quanto a finalidade da licitação, segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, esta é dupla, consistindo em

⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 13.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.184.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.519.

¹¹ LOPES, Juliano José; VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes (Org.). *Lei de licitações e contratos administrativos*. 5.ed. Curitiba: JML, 2010. p.8.

proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso e assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares.¹²

Com a alteração trazida pela Lei 12.349, de 15 de dezembro de 2010, agregou-se uma terceira finalidade ao processo licitatório, que é a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.¹³

Relacionado a essa nova alteração na Lei de Licitações, Thiago Lima Breus, ao tratar do tema das transformações e desafios do papel do Estado Constitucional frente às relações privadas já se posicionou afirmando que:

O estabelecimento de *políticas públicas* como mecanismos estruturais de metas e diretrizes a serem seguidas e realizadas por meio da atividade estatal passa a ser um dos elementos centrais de transformação entre o paradigma do Estado de Direito e o atual paradigma do Estado Constitucional, o qual, por isso, precisa de um novo quadro teórico instrumental para o seu delineamento [...].¹⁴

Assim, em consonância com a Lei 8.666/93, que veio regulamentar o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, a licitação é o procedimento administrativo pelo qual a Administração Pública, por meio de uma sucessão ordenada de atos vinculantes e obedecendo aos princípios constitucionais que a norteiam, escolhe a proposta mais vantajosa para o fornecimento de bem, obra ou serviço se tornando o instrumento pelo qual o Poder Público analisa e avalia comparativamente as ofertas, com a finalidade de julgá-las e decidir qual será a mais favorável.¹⁵

¹² MELLO, *op. cit.*, p.519.

¹³ BRASIL. Lei n.º 12.349, de 15 de dezembro de 2010. Altera as Leis n.ºs 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004; e revoga o § 1º do art. 2º da Lei n.º 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12349.htm>. Acesso em: 27 jun. 2011.

¹⁴ BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p.54.

¹⁵ BRASIL. Lei n.º 8.666, de 21 de junho 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://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102446>>. Acesso em: 03 jun. 2011.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DO PROCESSO LICITATÓRIO

Um dos conceitos mais completos para princípio foi formulado por Celso Antônio Bandeira de Mello que afirma que princípio é

O mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.¹⁶

Ainda aduz que o sentido é dado por que

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, costunável irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.¹⁷

A importância dos princípios não é porque precede a norma, mas sim em função de toda interpretação que será feita a luz de sua abrangência.

Para Cármen Lúcia Antunes Rocha, “é na Constituição que se traçam os princípios informadores da ordem jurídica a ser observada em determinada sociedade estatal, em sua busca de realização do que é materialmente justo para todos”.¹⁸

Thiago Lima Breus, citando Alexy, argumenta que:

As regras aplicam-se sob a regra do tudo ou nada, pois não deixam espaço para qualquer outra solução, ou são válidas e se aplicam, devendo ser cumpridas na exata medida das suas prescrições, ou não.

Os princípios, por sua vez, ao contrário das regras, permitem o seu balanceamento e ponderação com outros princípios que, eventualmente, podem ser

¹⁶ MELLO, *op. cit.*, p.53.

¹⁷ MELLO, *op. cit.*, p.53. In: _____. *Criação de secretarias municipais*. Revista de Direito Público, 1971. v.15. p.284-286.

¹⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p.21.

conflitantes ou incompatíveis. Nessa linha, eles se aplicam consoante o seu peso ou importância, de modo que podem ser harmonizados, com vistas à realização dos seus *standards*.¹⁹

A Administração Pública constitucionalizou-se e assim, seus fundamentos hoje repousam na Constituição, que lhes traça os princípios fundamentais. Ela cresce em sua organização e em suas atividades, faz-se do tamanho da necessidade que a sociedade aponta.

Dos princípios aplicados à licitação cinco deles encontram-se dispostos no caput do art. 37. “A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estado, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerão aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”.²⁰

Cabe ressaltar que o princípio da eficiência adveio com a Emenda Constitucional n.º 19/98, sendo que sobre ele e sobre o princípio da publicidade serão dedicados capítulos especiais em razão dos mesmos comporem o núcleo deste trabalho. Os demais princípios relacionados com a licitação estão dispostos no art. 3.º da Lei 8666/93, que traz 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 sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”.²¹

¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997 *apud* BREUS, op. cit., p.95-96.

²⁰ BRASIL. Câmara. Senado. Emenda constitucional n.º 19/98, de 04 de junho de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm>. Acesso em: 13 ago. 2011.

²¹ BRASIL. Lei n.º 8.666, de 21 de junho 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://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102446>>. Acesso em: 03 jun. 2011.

Lembrando que o presente artigo é apenas exemplificativo, não exaurindo a totalidade de princípios aplicados ao instituto.

3.1 PRINCIPIO DA LEGALIDADE

O Estado Democrático de Direito, conforme preceitua a Constituição de 1988 em seu art. 1.º implicitamente determina a existência do princípio da legalidade, pois decorre da própria origem do Estado Democrático de Direito, o respeito às leis formais e demais princípios do direito em todos os atos praticados pelos administradores em prol dos administrados.

Este princípio constitui mecanismo de frenagem contra as arbitrariedades que possam ser cometidas por agentes públicos quando do exercício de suas funções, justificando-se na prevalência do interesse público e traz como consequência a determinação de que a administração só pode realizar os atos previstos na legislação e mais, deve tomar todo o cuidado na emissão de leis infraconstitucionais para que as mesmas não contrariem a Constituição, pois se contrariarem estará ferindo o princípio em tela.²²

O texto da Lei 8.666/93 traz dispositivos que se destinam precipuamente a concretude do princípio da legalidade: o art. 4.º, que estabelece o direito à fiel observância do procedimento estabelecido na lei e o art. 41, que exige o cumprimento das normas e condições do edital.

Dos dispositivos supramencionados fica evidente que a licitação deverá ser processada na forma da lei, sem nenhuma interferência pessoal da autoridade,

²² MEDAUAR, 2009, p.126.

sendo que a lei define as condições da atuação dos agentes públicos e estabelece a ordenação dos atos a serem praticados.

Neste sentido o Tribunal de Contas da União, em orientações básicas traçadas em 2006, com o objetivo de apresentar procedimentos essenciais para a realização "de licitações, afirmou que o princípio da legalidade vincula os licitantes e a Administração Pública às regras estabelecidas nas normas e princípios em vigor".²³

Deste modo, ao se falar em ato vinculado devemos lembrar que esta vinculação se refere ao processo licitatório em si, porque a escolha do melhor momento e em algumas situações a modalidade de licitação que será empregada depende da discricionariedade da Administração Pública.

A discricionariedade da Administração Pública também pode ser exercida antes da realização do certame, quando da elaboração do projeto básico para a contratação, sendo este o momento em se escolhe as condições e as formas em que o contrato será prestado.

Um outro enfoque dado por Jamile Sayd sobre a legalidade, é o trazido pela reafirmação do caráter principiológico

e, sem querer denegar o princípio da legalidade e os frutos que dele se colhe na relação entre a Administração Pública e os cidadãos, já não mais admite a legalidade extrema e absoluta em detrimento dos fins da Administração Pública. Esse novo raciocínio não representa a derrocada da lei ou do princípio da legalidade, tão caro na construção do Estado democrático. Ao contrário, seu emprego visa, justamente, atender ao anseio da lei.²⁴

Assim, a legalidade deve ser compreendida como um princípio e não ser aplicada de forma irrestrita, mesmo quando em ponderação com os outros princípios que norteiam o processo licitatório.

²³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU*. 4.ed. rev., atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. p.28.28.28.

²⁴ SAYD, Jamile (Coord.). *Subsídios para contratação administrativa*. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: INGEP, 2011. p.29.

3.2 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

O princípio da impessoalidade pode ser visto primeiramente no sentido de que o administrador deve praticar todos os atos tendo como finalidade o interesse público e não em benefício próprio ou para sua promoção pessoal, pois ele é um mero representante dos interesses do povo, não podendo se desvirtuar dessa finalidade.

Esse princípio, na visão de Carlos Pinto Coelho Motta

Evita qualquer concessão de privilégio e inspira todas as diretrizes que assegurem condições justas de competição. A indisponibilidade do bem público e a acessibilidade aos cidadãos, em igual medida, são as premissas da impessoalidade.²⁵

Já para Alexandre de Moraes, “esse princípio completa a idéia de que o administrador é um **executor** do ato, que serve de manifestação da vontade estatal, e, portanto, as realizações administrativo-governamentais não são o agente político, mas da entidade pública em nome da qual atuou”.²⁶

Cármem Lúcia Antunes Rocha afirma que:

a grande dificuldade em garantir a impessoalidade estatal, e, particularmente no campo da Administração Pública, reside na circunstância de que as suas atividades são desempenhadas pelas pessoas, cujos interesses e ambições afloram mais facilmente ali em razão da proximidade do Poder e, portanto, da possibilidade de realizá-las, valendo-se para tanto da coisa que é de todos e não apenas dele.²⁷

Em uma segunda análise, o princípio da impessoalidade é visto de tal forma que o administrador não deve promover nenhum favoritismo ou discriminação entre os participantes de um procedimento licitatório, ou seja, “todos os participantes

²⁵ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 12.ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p.109.

²⁶ MORAES, *op. cit.*, p.721.

²⁷ ROCHA, *op. cit.*, p.146.

devem ser tratados com absoluta neutralidade” em termos de direitos e obrigações. Este princípio guarda estreita relação com os princípios da isonomia e da igualdade.²⁸

Assim, impessoalidade, imparcialidade e objetividade envolvem tanto a ação do administrador quando atuando em nome do órgão, quanto à igualdade dos administrados voltados aos fins do interesse público. A Constituição, com o princípio da impessoalidade, certamente vem impor obstáculos a atuação subjetiva e pessoal, evitando principalmente os favorecimentos e exigindo da administração uma ponderação equilibrada de todos os interesses envolvidos como impeditivo da prevalência de interesses escusos.

3.3 PRINCÍPIO DA MORALIDADE

O princípio da moralidade obriga à correta aplicação do dinheiro público, tendo os cidadãos o direito a um governo honesto.

Vem de Cármen Lúcia a afirmativa de que “a moralidade administrativa não é uma questão que começa e termina na qualidade dos homens, mas na qualidade dos sistemas jurídico, político e administrativo vigentes em determinada sociedade estatal”.²⁹

No meso sentido, entende Niebuhr que

[...] a moralidade posta no meio administrativo quer agregar força ao princípio da legalidade, evitando que agentes administrativos deturpem as competências que lhes foram atribuídas por lei para a prática de atos incompatíveis com os valores que a sociedade considera acertados e também que o princípio da moralidade relaciona-se aos padrões morais, aos comportamentos reputados como honestos e virtuosos pelos membros da sociedade.³⁰

²⁸ MELLO, *op. cit.*, p.114.

²⁹ ROCHA, *op. cit.*, p.185

³⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão presencial e eletrônico*. 6.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.40.

Também assevera Alexandre de Moraes:

A Constituição Federal, ao consagrar o princípio da moralidade administrativa como vetor da atuação da administração pública, igualmente consagrou a necessidade de proteção à moralidade e responsabilização do administrador público *amoral e imoral*.

Desta forma, deve o Poder Judiciário, ao exercer o controle jurisdicional, não se restringir ao exame estrito da legalidade do ato administrativo, mas sim, entender por legalidade ou legitimidade a conformação do ato não só com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo.³¹

Assim, esse princípio exige do administrador não somente um comportamento dentro da lei, mas também um comportamento dentro da moral e dos bons costumes, pois afrontar o princípio num procedimento licitatório significa praticar ato que prejudique o erário, por corrupção.

No entender de Maria Sylvia Zanella de Pietro

Não é fácil estabelecer distinção entre *moralidade administrativa* e *probidade administrativa*. A rigor, pode-se dizer que são expressões que significam a mesma coisa, tendo em vista que ambas se relacionam com a idéia de honestidade na Administração Pública.³²

E tratar das conseqüências ao desrespeito ao princípio da moralidade, Alexandre de Moraes aponta que:

A conduta do administrador público em desrespeito ao princípio da moralidade administrativa enquadra-se nos denominados *atos de improbidade*, previstos pelo art. 37, § 4.º da Constituição Federal, e sancionados com a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação civil pública por ato de improbidade, com base na Lei n.º 8.429/92 para que o Poder Judiciário exerça o controle jurisdicional sobre lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público.³³

Neste sentido, tem se firmado a jurisprudência

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. HOMOLOGAÇÃO DE LICITAÇÃO FRAUDULENTA. VIOLAÇÃO DOS DEVERES DE MÓRALIDADE JURÍDICA. DANO IN RE IPSA AO PATRIMÔNIO PÚBLICO INCORPÓREO. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 129, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FORO POR PRERROGATIVA

³¹ MORAES, *op. cit.*, p.722.

³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 823.

³³ MORAES. *op. cit.*, p.722.

DE FUNÇÃO. PREFEITO. INEXISTÊNCIA. LEI 10.628/2002 DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO STF (ADI 2.797/DF) COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE 1.º GRAU. PROVA. INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO. VALIDADE. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA PREJUDICADA. OITIVA DA TESTEMUNHA ARROLADA. INEXISTÊNCIA DE CONDUTA ILÍCITA. MATÉRIA DE PROVA. SÚMULA 7/STJ.

8. *In casu*, o Tribunal de origem concluiu, no juízo de improbidade e com base na prova dos autos, que ocorreu **infração à LIA**, consistente em **fraude no procedimento licitatório**, cujo resultado era previsível e acertado entre os recorrentes, com a aquiescência do prefeito municipal. A alteração desse entendimento esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. (REsp 401472 / RO. Relator Ministro HERMAN BENJAMIN. SEGUNDA TURMA. DJe 27/04/2011). [grifo meu]

EMENTA: ADMINISTRATIVO. **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**. CARTA-CONVITE. MODALIDADE DE LICITAÇÃO INADEQUADA. LICITANTE VENCEDORA. QUADRO SOCIETÁRIO. FILHA DO PREFEITO. **VIOLAÇÃO AO ART. 11 DA LEI N. 8.429/92**. CARACTERIZAÇÃO. PREJUÍZO AO ERÁRIO. DESNECESSIDADE. (REsp 1245765 / MG. Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES. SEGUNDA TURMA. DJe 03/08/2011). [grifo meu]

1. Trata-se de **ação civil pública por ato de improbidade administrativa** ajuizada em face de ex-Prefeito e de sociedades empresárias (postos de gasolina) em razão da contratação alegadamente ilegal dos referidos postos pela Municipalidade. A ação é fundada no art. 11 da Lei n. 8.429/92.

7. **Não há como afastar a conclusão da origem no sentido de que, isoladamente, o simples fato de a filha do Prefeito compor o quadro societário de uma das empresas vencedora da licitação não constitui ato de improbidade administrativa.**

11. Na verdade, na hipótese em exame – lembre-se: já se adotando a melhor versão dos fatos para os recorridos –, o que se observa são vários **elementos** que, soltos, de per se, não configurariam em tese improbidade administrativa, mas que, **somados, foram um panorama configurador de desconsideração do princípio da legalidade e da moralidade administrativa, atraindo a incidência do art. 11 da Lei n. 8.429/92.**

Visível se torna a missão de controle do Poder Judiciário, de avaliação das condutas, se submeteram ou não o interesse público ao particular, sendo que a premissa básica desta possibilidade é o dever jurídico decorrente da democracia participativa, a qual impõe a todos o dever de atuar sempre vinculados aos princípios que regem a Administração Pública.

4 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA

A Constituição Federal de 1988 inovou em matéria de administração pública, consagrando os princípios e preceitos básicos referentes à gestão pública. O princípio da eficiência foi constitucionalizado no caput do artigo 37 da por intermédio da Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de junho de 1998.

Alexandre de Moraes ao traçar as características do princípio da eficiência definiu que

O princípio da eficiência compõe-se, portanto, das seguintes características básicas: direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, imparcialidade, neutralidade, transparência, participação e aproximação dos serviços públicos da população, eficácia, desburocratização e busca da qualidade:

[...] O princípio da eficiência da administração pública pretende o combate à ineficiência formal, inclusive com condutas positivas contra a prática de subornos, corrupção e tráfico de influência.³⁴

No entendimento de Rodrigo Pironti Aguirre de Castro

A Administração Pública Moderna é marcada pelo dinamismo do agir administrativo como instrumento para acompanhar as inovações sociais. Tornando-se pois, fundamental que o direito administrativo acompanhe essa natural evolução e consiga dar respostas eficientes aos auspícios dos cidadãos [...].

[...] aquele direito que não deixará de fazer justiça e se pautar pelos princípios constitucionais e aplicará a norma considerando o sistema em que está inserida, questionando seu argumento e objetivo, para que possa, na maioria dos casos, encontrar soluções satisfatórias, eficientes e justas entre a Administração e os particulares envolvidos, sem se descurar do desiderato da norma fundamental.³⁵

As relações do Estado com o cidadão passaram por substanciais alterações e como o Direito Administrativo cuida de tais relações, não poderia permanecer ao longo de tais mudanças, de forma que agora a eficiência é princípio norteador de toda a atuação da Administração Pública, ligada a idéia de ação, com produção de

³⁴ MORAES, *op. cit.*, p.728-729.

³⁵ CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *Sistema de controle interno: uma perspectiva do modelo de gestão pública gerencial*. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.62-63.

resultados de modo rápido e preciso e oferecido de forma a satisfazer os interesses dos administrados em particular e da coletividade em geral.

Segundo Hely Lopes Meirelles, o princípio da eficiência exige:

que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.³⁶

Celso Antônio Bandeira de Mello deixa claro que “o princípio da eficiência não pode ser concebido senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência”.³⁷

Nesse mesmo sentido Odete Medauar entende que

O princípio da eficiência tem suscitado entendimento errôneo no sentido de que, em seu nome, a legalidade poderia ser sacrificada. Inexiste tal sobreposição do princípio da eficiência ao da legalidade. Os dois princípios devem ser conciliados, buscando a Administração atuar com eficiência, dentro da legalidade.³⁸

O princípio da eficiência pode ser visto sob dois ângulos, sendo um deles referente ao agente público que deve desempenhar sua função da melhor maneira possível buscando sempre os melhores resultados. O outro ângulo se refere a organização e estruturação da Administração Pública no sentido não só de cumprir o seu papel, mas cumpri-lo gerando a maior eficácia possível.

Ainda ensina Odete Medauar que:

A eficiência é princípio que norteia toda a atuação da Administração Pública. O vocábulo liga-se a idéia de ação, para produzir resultado de modo rápido e preciso. Associado à Administração Pública, o princípio da eficiência determina que a Administração deve agir, de modo rápido e preciso,

³⁶ MEIRELLES, *op. cit.*, p.98.

³⁷ MELLO, *op. cit.*, p.122.

³⁸ MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.98.

para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população. Eficiência contrapõe-se a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão – características habituais da Administração Pública brasileira, com raras exceções.³⁹

NIEBUHR entende que a eficiência em licitação pública “gira em torno de três aspectos fundamentais: preço, qualidade e celeridade, redundando ainda, de forma mais abrangente, em outros princípios, entre os quais o do justo preço, o da seletividade, o da celeridade e o da finalidade”. Para ele, a modalidade “pregão traz inovações de monta, cujos propósitos são, justamente, propiciar tal eficiência, especialmente em relação aos aspectos preço e celeridade.”⁴⁰

A materialização desse princípio no pregão está adstrita à excelência na qualificação do principal personagem dessa modalidade licitatória, o pregoeiro. Seu papel central não é por acaso, ocorre em virtude do grau de relevância de seus atos no processo licitatório. Mas não basta constatar isso. É necessário um amplo engajamento a fim de que, a partir da tomada de consciência dos administradores públicos, haja uma efetiva política de permanente capacitação daqueles que operacionalizam o pregão.⁴¹

Como bem entendido e colocado por diversos doutrinadores, quer me parecer que o princípio da eficiência busca evitar formalidades desproporcionais, instauradas à impedir a satisfação do interesse público, posto que devam sim, ser erigidas essencialmente para preservar o interesse público. Assim, eficiência em licitação pública significa a realização de procedimento que atenda à moralidade, à igualdade e à impessoalidade, e que busque a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, satisfazendo concretamente ao interesse público.

³⁹ MEDAUAR, 2009, p.132.

⁴⁰ NIEBUHR, 2011, p.38.

⁴¹ SENA, Elder. *O princípio da eficiência na modalidade pregão: uma análise a partir da ênfase no capital humano*. Jus Navigandi, Teresina, v.16, n.2817, 19 mar. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18707>>. Acesso em: 7 jul. 2011.

5 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PUBLICIDADE

Numa democracia a publicidade é a regra básica do poder. Assim, a visibilidade e a publicidade do poder são ingredientes básicos, pois permitem um importante mecanismo de controle da conduta dos governantes, por parte dos governados.

O Estado traz a publicidade da Administração na sua própria denominação. Pública diz-se ela. A publicidade é mais que um dos princípios constitucionais da Administração: é, assim, o seu próprio nome, a denotar-lhe a essência.⁴²

O princípio da publicidade está previsto expressamente no *caput* do art. 37 da Constituição vindo a possibilitar a participação efetiva, operante e o pleno controle por parte da sociedade na gestão da coisa pública, posto que temos uma Administração com elevado grau de penetração na vida cotidiana dos cidadãos. A positivação desse princípio também orienta padrões de comportamento da administração pública pela visualização da observância dos parâmetros da legalidade, moralidade, impessoalidade, razoabilidade, eficiência, proporcionalidade, imparcialidade, etc.

A publicidade, como princípio da administração pública, diz Hely Lopes Meirelles, “abrange toda a atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como, também, de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes”.⁴³

José Afonso da Silva também entende que

[...] a publicidade sempre foi tida como um princípio administrativo, porque se entende que o poder Público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os administrados estão fazendo.⁴⁴

⁴² ROCHA, *op. cit.*, p.239.

⁴³ MEIRELLES, *op. cit.*, p.105.

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 30.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p.669.

Cabe ressaltar que os princípios da publicidade, da moralidade e da impessoalidade se interligam de maneira profunda pois a publicidade dificulta atuações contrárias à moralidade e impessoalidade; a moralidade implica na observância da impessoalidade e da publicidade e a impessoalidade, por sua vez, proporciona a atuação dentro da moralidade e da publicidade.

A publicidade tem sofrido modificações, nos últimos tempos, em razão de novas tecnologias, novos canais de comunicação, novas formas de atuação e do aumento de atos que dela dependem para a sua validade e eficácia. Assim, com a utilização da tecnologia da informação pode-se manter à disposição do público dados e informações que lhe sejam de conhecimento necessário e legítimo. A tendência é que a utilização e consulta desses meios passe a ser rotineira para o cidadão.

Celso Antonio Bandeira de Mello expõe que, dentro do processo licitatório

O princípio da publicidade impõe que todos os atos e termos da licitação – no que se inclui a motivação das decisões - sejam efetivamente expostos ao conhecimento de quaisquer interessados, inclusive as decisões emanadas do próprio certame. É um dever de transparência em prol não apenas dos disputantes, mas de qualquer cidadão.⁴⁵

Desde a publicação do edital até a **formalização** e cumprimento do contrato todos os atos do certame devem ser públicos, pois é direito público subjetivo de qualquer cidadão acompanhar o desenvolvimento do procedimento licitatório.

⁴⁵ MELLO, *op. cit.*, p.528.

6 A REFORMULAÇÃO E INSTITUIÇÃO DE NOVA FORMA DE LICITAR: O PREGÃO

Num contexto em que a máquina administrativa era considerada morosa, burocrática e ineficiente e como resposta à falta de controle sobre a atividade licitatória é que surge a modalidade de licitação denominada pregão, com a finalidade de garantir maior agilidade às contratações públicas e reduzir custos, assegurando eficiência no atendimento ao interesse público.

Influenciado pelos bons resultados obtidos pela ANATEL nas aquisições de bens e serviços, por meio do pregão, o Governo Federal editou a Medida Provisória 2.026/00 que autorizava a adoção no âmbito da União Federal a modalidade licitatória denominada pregão. Para regulamentar a nova modalidade de licitação foram criados os Decretos: 3555/2000, 3693/2000 e 3697/2000.

A Medida Provisória em comento instituiu o pregão somente no âmbito da União, e em razão disto, foi considerada inconstitucional pela maioria dos doutrinadores, uma vez que no entender deles tratava-se de norma geral, devendo ter aplicação a todos os entes da federação. Esta discussão restou superada no momento em que a Medida Provisória, após quase dois anos de tramitação no Congresso Nacional, foi convertida em Lei, a de n.º 10.520/2002.

A Lei 10.520, de 7 de julho de 2002, recepcionou os Decretos 3555/2000, 3693/2000 e 3697/2000 onde não houvessem conflitos de normas.⁴⁶

⁴⁶ BRASIL. 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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 18 jul. 2002.

Nessa nova modalidade de licitação novo paradigma foi traçado. Inversão de fases, lances reversos, fase recursal mais célere, uso de meios eletrônicos para auxiliar o procedimento, sendo uma modalidade de licitação de menor preço.

Rodrigo Pironti Aguirre de Castro, ao tratar do pregão e sua inversão de fases aduz que:

Para compreender a lógica que inspirou tanto o pregão quanto a inversão de fases do procedimento licitatório, é necessário interpretar-se a realidade pretérita das licitações e também a ratio essendi das modalidades até então existentes.

Apontam os estudiosos do tema que tanto o Decreto-Lei n.º 2.300/86 quanto a Lei n.º 8.666/93 foram pensados para a realização de licitações de obras e serviços de engenharia. Nesses casos, as necessidades de exaustiva análise dos atributos do licitante e de extremo detalhamento das propostas são circunstâncias que recomendam que haja, no procedimento administrativo, um processo de cognição, por assim dizer, “exauriente”, já que essas contratações acabam por envolver significativos recursos financeiros e materiais.⁴⁷

Na definição dada pelo Tribunal de Contas da União, pregão é:

Modalidade realizada entre interessados do ramo de que trata o objeto da licitação que comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital, em que a disputa pelo fornecimento de bens ou serviços comuns e feita em sessão pública. Pode ser presencial ou eletrônico.

Pregão destina-se exclusivamente a contratação de bens e serviços comuns, independentemente do valor estimado da contratação. Nessa modalidade, os licitantes apresentam propostas de preço por escrito e por lances, que podem ser verbais ou na forma eletrônica.⁴⁸

De acordo com Joel de Menezes Niebuhr pregão significa, em um conceito operacional

[...] modalidade de licitação pública destinada a contratos de aquisição de bens ou de prestação de serviços, ambos considerados comuns, cujo julgamento das propostas antecede a fase de habilitação, admitindo que os licitantes ou parte deles renovem as suas propostas oralmente.⁴⁹

⁴⁷ CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; MANUEL, Luis Eduardo Coimbra de. *Notas sobre as licitações por pregão e as fraudes: breves reflexões e a desconstrução de um mito*. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=74474>>. Acesso em: 1.º set. 2011.

⁴⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU*. 4.ed. rev., atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. p.45.

⁴⁹ NIEBUHR, 2011, p.1.

No mesmo sentido Jorge Ulisses Jacoby Fernandes conceitua pregão como

A modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa é feita por meio de propostas e lances em sessão pública.⁵⁰

Há uma grande diferença entre a modalidade pregão e as demais modalidades no tocante a sua adoção, já que as modalidades constantes do artigo 23 da Lei 8.666/93 são escolhidas em razão do valor estimado da contratação, e o pregão poderá ser adotado independente do valor estimado para a contratação, desde que o objeto da licitação seja a seleção de propostas com vistas à aquisição de bens ou contratações de serviços comuns.

Tratando do objeto do pregão, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes esclarece que:

Sendo o pregão modalidade em que o preço é o fator decisivo na aquisição, não poderá ser utilizado para os casos em que a qualidade mínima exigida admite variações extremas, inviabilizadoras da comparação de preços. Também não poderão ser adquiridos bens fora do mercado comum ou especiais da Administração Pública que pelas suas características não sejam encontráveis no mercado comum.⁵¹

O Tribunal de Contas da União, ao tratar sobre bens e serviços comuns determina que:

Bem ou serviço será comum quando for possível estabelecer, para efeito de julgamento das propostas, por intermédio de especificações utilizadas no mercado, padrões de qualidade e desempenho peculiares ao objeto. O estabelecimento desses padrões permite ao agente público analisar, medir ou comparar os produtos entre si e decidir pelo melhor preço.⁵²

E assim ele tem decidido, como órgão de controle, conforme os Acórdãos:

2172/2008 Plenário: “A utilização da modalidade pregão é possível, nos termos da Lei no 10.520/2002, sempre que o objeto da contratação for padronizável e disponível no mercado, independentemente de sua complexidade”.

⁵⁰ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Contratação direta sem licitação*. 9.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.120.

⁵¹ JACOBY FERNANDES, *op. cit.*, p.121.

⁵² BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU*. 4.ed. rev., atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. p.62.

2900/2009 Plenário: “Utilize, sempre que possível, a modalidade de pregão para a aquisição de bens e serviços comuns, assim considerados aqueles cujos padrões de desempenho e de qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado, podendo, todavia, adotar outra modalidade, mas, neste caso, desde que a escolha seja devidamente justificada”.

555/2008 Plenário: “A licitação na modalidade pregão não se configura instrumento hábil à aquisição de bens e serviços incomuns”.⁵³

Existem dois tipos de pregão, o presencial e o eletrônico. No pregão presencial, os licitantes podem estar todos presentes fisicamente na sessão em que os procedimentos são realizados, não havendo porém a obrigatoriedade da presença como condição para participação, uma vez que o licitante pode somente encaminhar sua proposta, mas não podendo, por óbvio, participar dos lances, ou seja, proceder a eles. Já na forma eletrônica o processamento do pregão acontece essencialmente com a utilização da tecnologia da informação, sem a presença física dos licitantes, os quais encaminham suas propostas e participam do certame valendo-se da tecnologia da informação.

Tanto em sua forma presencial como na eletrônica, é a modalidade de licitação utilizada para compras de bens e serviços comuns, selecionando-se a proposta mais vantajosa para a Administração através de lances oferecidos pelos licitantes.

Segundo Joel de Menezes Niebuhr a modalidade de licitação pregão se distingue das demais em razão de três características principais: a primeira relaciona-se com o objetivo do pregão “que deve ser utilizado para a aquisição de bens e serviços comuns”, ou seja, aqueles que não exigem especificações técnicas complexas, a “segunda característica diz respeito à inversão nas fases de habilitação e julgamento das propostas”, o que significa dizer que diferentemente do que é proposto na Lei 8.666/93, primeiro se julgam as propostas para depois proceder-se à habilitação. Já a

⁵³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU*. 4.ed. rev., atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. p.47-48.

terceira diferenciação consiste na “possibilidade de apresentação de propostas por escrito”, por lances orais e até mesmo de forma eletrônica. Esta diferenciação se torna bem clara quando examinamos os procedimentos exigidos para concorrência, tomada de preços e convite, onde o licitante tem uma única oportunidade de apresentar sua proposta, diferente do pregão onde as propostas podem ser renovadas por lances, quer sejam orais ou por meio eletrônico.⁵⁴

6.1 O PREGÃO ELETRÔNICO

Joel de Menezes Niebuhr ao responder a pergunta o que é pregão eletrônico, fez a seguinte colocação:

O pregão eletrônico é espécie de modalidade de licitação pública em que os procedimentos do pregão presencial são adaptados à tecnologia da informação. Isto é, em vez de desenvolver-se o pregão em ambiente físico, contando com a participação física dos licitantes, a modalidade, sob a perspectiva eletrônica, desenvolve-se por meio da internet, promovendo-se a comunicação entre os licitantes e a Administração Pública, bem como, praticamente, toda a execução da licitação. Enfim, em apertadíssima síntese, o pregão eletrônico é modo de realizar a modalidade pregão, valendo-se da internet.⁵⁵

Já Marçal Justen Filho, em sua obra *Pregão (Comentário à Legislação do pregão comum e eletrônico)* enfatiza que:

O pregão, na forma eletrônica, consiste na modalidade de licitação pública, de tipo menor preço, destinado à seleção da proposta mais vantajosa para 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).⁵⁶

⁵⁴ NIEBUHR, 2011, p.17-18.

⁵⁵ *Id.*, p.264.

⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2009. p.281.

O pregão eletrônico, a princípio, foi regulado pelo Decreto-lei n.º 3.697, de 21 de dezembro de 2000 com aplicação subsidiária do Decreto-lei n.º 3.555, de 08 de agosto de 2000. Atualmente está regulado pelo Decreto-lei n.º 5.450, de 31 de maio de 2005. Decreto este muito mais amplo do que o anterior, embora o pregão eletrônico conte com regulamento próprio os princípios norteadores serão os mesmos tanto para ele quanto para o pregão presencial.⁵⁷

É de se salientar que não seria possível a aplicação direta do referido Decreto aos demais entes da União, pois a regulamentação além de ser da competência da União seria uma invasão à competência regulamentar dos demais entes federados.

Porém, o art. 4.º do Decreto Federal 5.450/2005 deixa claro a obrigatoriedade, no âmbito da União, quando determina: “Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização de sua forma eletrônica”.⁵⁸

Assim, quando o objeto for considerado comum, somente será possível a não adoção do pregão eletrônico mediante justificativa e, se assim ocorrer, devidamente justificada a inviabilidade de sua utilização, nesse sentido tem decidido o Tribunal de Contas da União:

Em atenção ao art. 4.º do Decreto 5.450/2005, deve ser adotada a forma eletrônica nos pregões, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente (Acórdão 2340/2009-Plenário).⁵⁹

⁵⁷ BRASIL. Decreto-lei n.º 3.697, de 21 de dezembro de 2000. Revogado pelo Decreto-lei n.º 5.450, de 2005. Regulamenta o parágrafo único do art. 2.º da Medida Provisória n.º 2.026-7, de 23 de novembro de 2000, que trata do pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação. Disponível em: < http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEC%203.697-2000?OpenDocument>. Acesso em: 25 set. 2011.

⁵⁸ BRASIL. Decreto n.º 5.450, de 31 de maio de 2005. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm>. Acesso em: 06 ago. 2011.

⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2340/2009. Ementa: Ato de aposentadoria voluntária. registrar. legalidade do ato e do cálculo do benefício, conforme legislação pertinente. Relator Conselheiro Valter Albano. Disponível em: <http://www.tce.mt.gov.br/processo/decisao/num/170887/ano/2008/num_decisao/2340/ano_decisao/2009>. Acesso em: 22 out. 2011.

O pregão eletrônico é obrigatório para licitações que visam à aquisição de bens e serviços comuns, só não sendo utilizado se, comprovada e justificadamente, nos termos do Decreto n.º 5.450/2005, houver inviabilidade, que não se confunde com a opção discricionária (Acórdão 1700/2007-Plenário).⁶⁰

Desta forma as aquisições feitas pela União obrigatoriamente deverá ser precedida da modalidade de licitação pregão, essa orientação não significa uma proibição total de utilização das modalidades previstas na Lei 8.666/93, porém deverá haver justificativa plausível para a quebra dessa obrigatoriedade.

No pregão eletrônico, com o uso da tecnologia da informação, as empresas ou pessoas distantes do lugar da licitação têm condições de participar dela sem maiores investimentos, bastando disporem de equipamento e internet. Assim, há uma ampliação na competitividade e como mais pessoas participam há uma maior chance de escolher a que melhor satisfaça ao interesse público.

O licitante será responsável por todas as transações que forem efetuadas em seu nome no sistema eletrônico, assumindo como firmes e verdadeiros sua proposta e seus lances, ficando também sob a incumbência do licitante o acompanhamento das operações no sistema durante a sessão.

6.2 O PREGOEIRO E SUA EQUIPE DE APOIO

Para atuar com essa nova modalidade de licitação, o Pregão, foi criada, em substituição às Comissões Permanentes de Licitação, a figura do Pregoeiro e a sua equipe de apoio.

⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. Ementa: Responsabilidade Subsidiária. 7.^a Turma, Acórdão do processo NARR - 1700-65.2007.5.12.0047, 11/03/2009. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.superior.trabalho;turma.7:acordao;rr:2009-03-11;1700-2007-47-12-0>>. Acesso em: 28 jul. 2011.

O servidor designado para atuar como pregoeiro deverá ser capacitado⁶¹ e experiente pois deterá a responsabilidade da condução do certame licitatório em sua fase externa, desde a publicação do edital até a adjudicação do objeto. Suas atribuições encontram-se arroladas no art. 3.º, IV da Lei 10.520/02 e art. 9.º, VIII e IX do Decreto 3.555/00.

Já os servidores designados para atuarem na equipe de apoio deverão oferecer a estrutura de apoio e assessoramento operacional necessários e convenientes ao pregoeiro. Suas atribuições encontram-se arroladas no art. 3.º, IV da Lei 10.520/02 e art. 10 do Decreto 3.555/00.

Quanto à atuação do pregoeiro Joel de Menezes Niebuhr pontua que:

no pregão presencial o pregoeiro é sobrecarregado pois todo o processo é conduzido por ele, que deve realizar o credenciamento, receber os envelopes, classificar os licitantes, proceder aos lances orais, analisar a aceitabilidade das propostas, proceder à “negociação”, avaliar os documentos de habilitação, dar oportunidade para os licitantes interponham recursos e, conforme o caso, adjudicar o objeto da licitação. A atividade do pregoeiro, no pregão presencial é deveras múltipla e complexa em virtude dos lances orais, que demandam tempo e dos quais podem nascer dificuldades. Já no pregão eletrônico há uma simplificação das atividades do pregoeiro pois é o sistema que recebe todos os lances e já os ordena, não precisando o pregoeiro colher lances licitante por licitante.⁶²

O professor Marçal Justen Filho menciona que “ele não desempenha mera função passiva, mas lhe cabe inclusive fomentar a competição – o que significa desenvoltura e ausência de timidez”.⁶³

Cabe ressaltar que há uma visível simplificação das atividades do pregoeiro no pregão eletrônico por serem as disputas via internet, possibilita-se a realização de processos licitatórios com grande número de itens ou lotes, já que é o sistema quem recebe e ordena os lances.

⁶¹ O art 7.º § único do regulamento federal do pregão comum determinou que somente podem ser designados como pregoeiros os servidores que tiverem realizado “capacitação específica” para tanto.

⁶² NIEBUHR, 2011, p.266.

⁶³ JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p.108.

Quanto a essa atuação Niebuhr assevera que “no pregão eletrônico o pregoeiro vê o seu poder de influência, intervenção e persuasão sobre os licitantes bastante reduzido pois tudo é feito pela internet e o procedimento, sob esse aspecto, foge do controle do pregoeiro”.⁶⁴

O art. 3.º do Decreto n.º 5450/2005 disciplina a obrigatoriedade do credenciamento com o seguinte comando: “Deverão ser previamente credenciados perante o provedor do sistema eletrônico a autoridade competente do órgão promotor da licitação, o pregoeiro, os membros da equipe de apoio e os licitantes que participam do pregão na forma eletrônica”, já o parágrafo primeiro do mesmo artigo institui a forma quando diz: “O credenciamento dar-se-á pela atribuição de chave de identificação e de senha, pessoal e intransferível, para acesso ao sistema eletrônico”.⁶⁵

Como o pregão eletrônico se desenvolve por meio da internet, valendo-se de recursos da tecnologia da informação, além dos licitantes, devem estar cadastrados também a autoridade competente, o pregoeiro e sua equipe de apoio. A função do credenciamento é o de habilitação para o acesso e manejo do sistema, sendo que uma vez credenciado o licitante, este participar de qualquer pregão eletrônico, salvo quando cancelada por solicitação do credenciado ou em virtude de seu descadastramento.

Quanto à equipe de apoio, esta é indispensável para a agilidade e conformidade dos procedimentos, devendo o pregoeiro estar assessorado por outros servidores, que colaboram no desempenho de atividades pertinentes à condução do certame, fornecendo subsídios e informações relevantes.

⁶⁴ NIEBUHR, 2011, p.287.

⁶⁵ BRASIL. Decreto-lei n.º 5.540, de 31 de maio de 2005. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm>. Acesso em: 06 ago. 2011.

Porém, todos os atos administrativos serão formalmente imputados ao pregoeiro, ao qual incumbe formalizar as decisões, ato pessoal e indelegável, e por elas responder e desta forma, a equipe de apoio não responde por atos praticados pelo pregoeiro, a menos que dolosamente o induza a erro.

7 A CELERIDADE (E EFICIÊNCIA?) GERADA AO CERTAME COM A INVERSÃO DAS FASES DE HABILITAÇÃO E JULGAMENTO

A modalidade de licitação pregão, na sua forma eletrônica, e a inversão em suas fases como pressuposto de eficiência e celeridade, partindo da constatação de que o tempo necessário para realização de licitação nessa modalidade é bem menor do que o tempo necessário para a realização de licitação nas modalidades previstas na lei 8.666/93 seja pelo número menor de habilitações analisadas, ou pelo número menor de recursos a serem decididos, resta claro a ocorrência de celeridade no processo licitatório e a existência da celeridade na prestação dos serviços públicos faz com que seja cumprido o princípio constitucional da eficiência, pois os cidadãos brasileiros não clamam somente pelo processo judicial mais célere, mas também por processos administrativos mais céleres, menos burocráticos, com mais resultados.

Fulvio Julião Biazzini, ao fazer colocações sobre o tema pregão, descreve que:

Inicialmente, considerando o grande prestígio que a nova modalidade goza nas diversas esferas da Administração, permito-me confessar que na ocasião da edição da mencionada Lei (julho de 2002) não fui propriamente um entusiasta dessa nova sistemática de procedimento, que a partir daquela data era colocada à disposição de Estados e Municípios.

Atribuo esse receio inicial à *extrema celeridade conferida à licitação*, deixando uma impressão de que se suprimiam alguns aspectos asscuratórios do procedimento, os quais se fizeram consagrar por experiências anteriores, acumuladas ao longo do tempo.

[...]

Pois bem; passada essa impressão inicial, pude constatar que, na prática, além de obedecer às imposições e princípios legais, o novo procedimento reveste-se das garantias necessárias à segurança e higidez do procedimento de licitação, constituindo-se hoje num *fundamental instrumento para eficácia da gestão pública*.⁶⁶

⁶⁶ ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; TAVOLARO, Luiz Antonio (Coords.). *Licitações e contratos administrativos: uma visão atual à luz dos tribunais de contas*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2011. p.258-259.

Qualquer análise a respeito de um determinado assunto não pode considerar os fatos de forma isolada e com a verificação da ocorrência do princípio constitucional da eficiência não pode ser diferente, se limitando na inversão das fases, que claramente trás celeridade ao processo licitatório.

Porém a licitação na modalidade pregão não inovou somente na inversão das fases, mas inovou e muito no modo de sua realização, permitindo um leilão reverso, ou seja, depois das propostas abertas, tem início a um leilão com lances de preços menores aos apresentados, fazendo com que os participantes ofereçam o menor preço possível para que possa ser o vencedor, como o número de participantes no pregão eletrônico é muito amplo, a Administração Pública tem feito economias substanciais com as aquisições de bens e serviços através desta modalidade de licitação.

Embora, o termo eficiência tenha plena aplicação nas atividades privadas que em última análise está ligado a busca do lucro em troca do tempo de trabalho e investimentos feitos em determinada atividade econômica, a modalidade de licitação pregão, quer seja presencial ou eletrônico, demonstrou ser possível na Administração Pública o atendimento de tal princípio constitucionalizado.

O cumprimento do princípio constitucional da eficiência pelo pregão se dá em função da celeridade, pois a modalidade mais simples prevista na Lei 8.666/93 leva 22 dias, ainda assim a aquisição se destina a contratos de pequeno vulto, já o pregão não tem limite de valor desde que seja para aquisição de bens e serviços comuns.

Ainda, quando verificamos a economia feita pela Administração Pública, pela ampla participação possibilitada pelo pregão, principalmente no pregão eletrônico, quanto mais oferta, menor será o preço para aquisição.

E o mais interessante é que podemos perceber que a realização do pregão buscando a celeridade e economia, visando o princípio constitucional da eficiência, pode ser feito sem violar os demais princípios e a legislação pátria.

8 A PUBLICIDADE CONTRAPOSTA À CORRUPÇÃO

As contratações públicas, já de longa data, são um veio inesgotável de escoamento do dinheiro público por meio de corrupção, ineficiência na formulação dos projetos e processos, má gestão das contratações e falta de fiscalização quando da execução. A mídia nacional está repleta de notícias, ou melhor, más notícias sobre esquemas de corrupção dos mais variados portes, envolvendo os mais diversos níveis do escalão municipal, estadual e federal.

Muito embora todos os atos da administração devam ser públicos, a população tem estado apática diante de tanta indignação provocada pelas fraudes de acontecem sem as devidas conseqüências. Dentre os assuntos mais destacados na imprensa nos dias de hoje temos as demissões no Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), em razão de diversas irregularidades, mas principalmente em licitações, com um sólido esquema de recolhimento de propinas. Isso demonstra a apatia da população tendo em vista que por diversas vezes, em épocas passadas, ações dessa monta já haviam sido veiculadas, a exemplo da matéria publicada na revista *Veja*, edição n.º 1886 de 05 de janeiro de 2005, que tinha como tema – *Fantasmas Maranhenses: O governo pagou milhões de reais por estradas que não foram construídas [...]* As mudanças começaram a se materializar com a assinatura de dezenas de contratos de emergência [...] Para evitar os costumeiros desvios de recursos, uma praga que insiste em não abandonar os grotões, os pagamentos eram liberados somente depois que um fiscal ia ao local conferir a conclusão das obras. Tudo transparente mesmo. Mas seria se tudo não passasse de encenação⁶⁷. O Maranhão

⁶⁷ Wallace Paiva Martins Júnior comenta que [...] o embuste, ou seja, a falsidade deliberada e a mentira descarada, são usados como meios legítimos para alcançar fins políticos desde os primórdios da história documentada. A verdade nunca esteve entre as virtudes políticas, e mentiras sempre foram encaradas como instrumentos justificáveis nestes assuntos. (MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo: Saraiva, 2004. p.43).

acaba de inovar a engenharia da corrupção ao lançar no cenário as estradas virtuais. Assim, a apatia se consolida pois se em 2005 tínhamos fatos desse veio corruptível e em 2011 ele não só permanece como parece ainda mais robusto, demonstrado fica que, ou a população não está tão indignada assim ou é porque ainda prevalece a obscuridade na administração pública, onde as encenações não são possíveis de serem identificadas.

Porém, embora o princípio da publicidade preconize a visibilidade dos atos da administração para viabilizar o exercício pleno do controle por parte da sociedade, quando contratações são realizadas sem o devido processo licitatório, ou seja, de forma direta sem licitação, a exposição dessas ações só ocorrem posteriormente, já para as contratações que obedecem a obrigatoriedade de licitar, tem uma carga muito maior de publicidade e quando a modalidade adotada é o pregão eletrônico, mais transparente ainda se torna todo o procedimento, desde a divulgação do edital, ou seja, anteriormente a efetivação de qualquer contratação por parte da administração.

A pouca fiscalização emperra a ação contra a corrupção e a transparência na administração pública permitirá que toda a população possa integrar o grupo dos fiscalizadores. Assim, a publicidade deixa de desempenhar apenas a função de requisito de validade ou eficácia dos atos da administração para se tornar importante ferramenta de controle nas mãos dos cidadãos, sendo inegável que o aumento nos níveis de publicidade e de acesso a informações públicas pressupõe maior participação popular e essa participação reduz o espaço das influências ocultas, da falta de planejamento, do clientelismo e demais vícios do poder, aumentando os graus de eficiência e efetividade dos atos da administração.

Para Cármen Lúcia Antunes Rocha,

A publicidade é, pois, fundamental para que os direitos conferidos constitucional e legalmente ao cidadão possam ser mais que letra de norma jurídica, mas tenham efetividade jurídica e social. Sem a publicidade da conduta administrativa do Estado não há como se cogitar da juridicidade e da moralidade administrativa, logo, não há pensar também na eficácia do princípio da responsabilidade pública.⁶⁸

A constitucionalização das normas administrativas possibilitou a consagração de uma Teoria Geral do Direito Constitucional Administrativo, voltada para a observância dos princípios constitucionais básicos e tendo por finalidade limitar o poder estatal, prevendo instrumentos de controle e meios de responsabilização dos agentes públicos, para garantia de transparência e probidade na administração e voltados para o combate à corrupção.

⁶⁸ ROCHA, *op. cit.*, p.240.

CONCLUSÃO

Os princípios são o cerne de nossa Constituição, são eles que permitem sua atualização permanente, permitem a evolução do sistema constitucional pela recriação do sentido e da aplicação de suas normas, sem necessidade de modificação de sua letra, moldando-se em conformidade com o contexto vivenciado pela sociedade em determinado momento.

Os princípios primeiramente vivem na sociedade para depois viverem no Direito, assim, eles são resultantes de valores sociais fundamentais previamente amadurecidos, assimilados e sedimentados na sociedade.

Antes da Constituição de 1988 a participação da sociedade na esfera da administração pública era silenciosa e difícil, mas aos poucos as decisões isoladas dos administradores foram sendo minadas pela presença dos cidadãos, que, após longo período de regime militar, onde reinavam atos secretos, documentos sigilosos e a falta de limites bem definidos entre o que era público e o que era privado, passaram a cobrar não apenas eficiência, mas também o conhecimento dos motivos, dos fins e dos resultados das práticas públicas.

Assim, com a promulgação da Constituição de 1988 a licitação passou a ter *status* constitucional com observância obrigatória para todos os entes da federação tanto na Administração Direta como na Administração Indireta e trouxe expresso em seu art. 37, dentre outros, o princípio da publicidade, ao lado do princípio da eficiência, inserido pela Emenda Constitucional n.º 19/98.

Ademais, o processo de globalização proporcionou revolução não somente nos meios de comunicação, mas também no exercício da cidadania, ao garantir e facilitar meios propícios para a consecução da transparência administrativa, sendo uma

premissa consensual a importância de que os administradores dêem total transparência das suas ações, aos seus administrados, pois somente assim é que se poderá exercer controle e fiscalização sobre os atos praticados.

Caminhando nesse sentido, os legisladores instituíram a modalidade de licitação pregão, buscando tornar eficiente o processo licitatório pois nas outras modalidades ele era, por muitas vezes, moroso e burocrático, causando transtornos e prejuízos ao erário. Com o rápido avanço da tecnologia, em 2000 já foi possível a instituição do pregão em sua forma eletrônica.

O pregão eletrônico se apresentou totalmente diferente do que até então se havia notícia em licitação. A sua realização se dá a partir de uma primeira proposta postada pelos interessados abrindo-se então um leilão reverso⁶⁹, ou seja, os proponentes podem oferecer lances desde que menores às propostas apresentadas e ainda podem cobrir os lances uns dos outros até o momento que ninguém mais tenha interesse em abaixar o preço, criando uma verdadeira concorrência entre os participantes e conseqüentemente economia ao erário.

A inversão das fases, onde primeiramente se classifica as propostas e somente depois se verifica a habilitação, propicia celeridade uma vez que a documentação a ser analisada se restringe a do proponente vencedor evitando dessa forma os recursos que poderiam ser impetrados em relação a habilitação dos demais proponentes, atrasando o certame.

Tanto a economicidade quanto a celeridade que esta modalidade proporciona evidentemente se traduz em eficiência pois atinge os fins buscados pela adminis

⁶⁹ A denominação de **leilão reverso** no pregão é porque no certame os fornecedores **ofertam** o objeto disputando o respectivo êxito por meio do **menor melhor preço**.

tração quando decide instaurar um procedimento licitatório suprimindo suas necessidades com economia e rapidez.

A forma de realização do pregão eletrônico, qual seja, por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, onde a interação entre os responsáveis pela realização da licitação e os licitantes/fornecedores dá-se por meio de provedor da internet, permite uma ampliação⁷⁰ do universo de participantes e proporciona uma maior transparência e publicidade ao certame, tendo em vista que qualquer pessoa interessada pode acompanhar o desenvolvimento da sessão pública e ter acesso a todos os atos e procedimentos praticados desde a abertura até o encerramento dos trabalhos pertinentes ao procedimento licitatório.

Eis que essa publicidade do certame reduziu drasticamente as possibilidades de fraudes, conluíus, conchavos, e todas as demais meios escusos e fraudulentos que eram levados à cabo por servidores e fornecedores inescrupulosos, sendo que quanto maior a transparência nas licitações públicas mais efetivo o acesso e controle popular.

O pregão eletrônico tem sido uma poderosa ferramenta de gestão e tem permitido aos administradores públicos excelentes resultados com sua utilização e à população, que está se conscientizando de que quem arca com os prejuízos causados pelo mau uso do dinheiro público é ela mesma, tem proporcionado o acesso direto e fácil às informações necessárias ao controle⁷¹ das atividades efetivadas pelos agentes públicos.

⁷⁰ A ampliação do universo de competidores e o incremento da competitividade (maior concorrência) é plenamente materializável por meio da simples constatação de que um licitante que possua estabelecimento em qualquer lugar do país pode participar de um certame licitatório promovido por qualquer instituição pública federal sediada no território nacional, bastando estar conectado à internet, e satisfazer os requisitos para credenciamento no servidor do sistema.

⁷¹ Esse controle possibilitado não é tão somente sobre as ações dos entes públicos, o é também sobre as ações dos fornecedores, uns sobre os outros e de qualquer um sobre eles.

Enfim, o pregão eletrônico, por simplificar, agilizar e permitir a transparência do procedimento licitatório, evidentemente se insere nos princípios constitucionais da eficiência e da publicidade.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 17.ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; TAVOLARO, Luiz Antonio (Coords.). *Licitações e contratos administrativos: uma visão atual à luz dos tribunais de contas*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2011.

BITTENCOURT, Sidney. *Pregão eletrônico*. Rio de Janeiro: Temas & Ideias, 2003.

BRASIL. Câmara. Senado. Emenda constitucional n.º 19/98, de 04 de junho de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm>. Acesso em: 13 ago. 2011.

BRASIL. Decreto-lei n.º 3.697, de 21 de dezembro de 2000. Revogado pelo Decreto-lei n.º 5.450, de 2005. Regulamenta o parágrafo único do art. 2.º da Medida Provisória n.º 2.026-7, de 23 de novembro de 2000, que trata do pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEC%203.697-2000?OpenDocument>. Acesso em: 25 set. 2011.

BRASIL. Decreto-lei n.º 5.540, de 31 de maio de 2005. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm>. Acesso em: 06 ago. 2011.

BRASIL. Lei n.º 12.349, de 15 de dezembro de 2010. Altera as Leis n.ºs 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004; e revoga o § 1º do art. 2.º da Lei n.º 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12349.htm>. Acesso em: 27 jun. 2011.

BRASIL. 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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 18 jul. 2002.

BRASIL. Lei n.º 8.666, de 21 de junho 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://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102446>>. Acesso em: 03 jun. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. Ementa: Responsabilidade Subsidiária. 7.ª Turma, Acórdão do processo NARR - 1700-65.2007.5.12.0047, 11/03/2009. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.superior.trabalho;turma.7:acordao;rr:2009-03-11;1700-2007-47-12-0>>. Acesso em: 28 jul. 2011.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2340/2009. Ementa: Ato de aposentadoria voluntária. registrar. legalidade do ato e do cálculo do benefício, conforme legislação pertinente. Relator Conselheiro Valter Albano. Disponível em: <http://www.tce.mt.gov.br/processo/decisao/num/170887/ano/2008/num_decisao/2340/ano_decisao/2009>. Acesso em: 22 out. 2011.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos*: orientações e jurisprudência do TCU. 4.ed. rev., atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no estado constitucional*: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21.ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *Sistema de controle interno: uma perspectiva do modelo de gestão pública gerencial*. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; MANUEL, Luis Eduardo Coimbra de. *Notas sobre as licitações por pregão e as fraudes*: breves reflexões e a desconstrução de um mito. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=74474>>. Acesso em: 1.º set. 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 15.ed. atualizada por Fabrício Motta São Paulo: Saraiva, 2010.

HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. *Globalização e o novo direito administrativo*. Curitiba: Juruá, 2010.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Contratação direta sem licitação*. 9.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão*: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2009.

LOPES, Juliano José; VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes (Org.). *Lei de licitações e contratos administrativos*. 5.ed. Curitiba: JML, 2010.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa*: publicidade, motivação e participação popular. São Paulo: Saraiva, 2004.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 13.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36.ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 8.ed. atualizada até a EC 67/10. São Paulo: Atlas, 2011.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 12.ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos: estudos e comentários sobre as Leis 8.666/93 e 8.987/95, a nova modalidade do pregão e o pregão eletrônico; impactos da lei de responsabilidade fiscal, legislação, doutrina e jurisprudência*. 9.ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão presidencial e eletrônico*. 6.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

REIS, Ruimar Barbosa. *Pregão presidencial e eletrônico, cenário nacional*. Curitiba: Negócios Públicos do Brasil, 2008.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SAYD, Jamile (Coord.). *Subsídios para contratação administrativa*. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: INGEPE, 2011.

SENA, Elder. *O princípio da eficiência na modalidade pregão: uma análise a partir da ênfase no capital humano*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n.2817, 19 mar. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18707>>. Acesso em: 7 jul. 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.