

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

ANTONIO CARLOS DANTAS FERREIRA

**A MORALIDADE PREGÃO COMO FORMA DE EFICIÊNCIA DO PRINCÍPIO DA
MORALIDADE ADMINISTRATIVA**

São Luís
2014

ANTONIO CARLOS DANTAS FERREIRA

**A MORALIDADE PREGÃO COMO FORMA DE EFICIÊNCIA DO PRINCÍPIO DA
MORALIDADE ADMINISTRATIVA**

Monografia apresentada a Coordenação do
Curso de Direito da Universidade Federal
do Maranhão - UFMA, como um dos pré-
requisitos para obtenção de grau de
bacharel em Direito.

Orientador: Profa. Dra. Lucylea Gonçalves
França

São Luís
2014

Ferreira, Antonio Carlos Dantas.

A modalidade pregão como forma de eficiência do princípio da moralidade administrativa / Antonio Carlos Dantas Ferreira. – 2014

75f.

Impresso por computador (fotocópia).

Orientador(a): Lucylea Gonçalves França.

Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Maranhão – Curso de Direito / 2014.

1. Pregão – Administração pública 2. Licitação 3. Celeridade
4. Moralidade administrativa I. Título

CDU 351.712.2

ANTONIO CARLOS DANTAS FERREIRA

Tema da monografia: **A MORALIDADE PREGÃO COMO FORMA DE EFICIÊNCIA DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA**

Monografia apresentada a Coordenação do Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão - UFMA, como um dos pré-requisitos para obtenção de grau de bacharel em Direito.

Orientador: Profa. Dra. Lucylea Gonçalves França

Aprovada em: / /

BANCA EXAMINADORA

1º Examinador

Profª. Dra. Lucylea Gonçalves França (Orientadora)
UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO

2º Examinador

3º Examinador

Dedicamos este trabalho aos abnegados trabalhadores do direito, homens e mulheres que se dedicam na luta por um direito que reflita a estabilidade jurídica social. Tarefa não muito fácil, mas que resplandece no caminhar da para uma humanidade cada vez mais justa.

AGRADECIMENTOS

Desejamos apresentar nossos primários agradecimentos à Deus, este Ser que nos permite respirar todos os dias, ainda que a figueira não floresça e que tudo tenha a aparência de negatividade, Deus estará junto aos que o buscam;

À minha amada família, pela luta desenvolvida desde o meu nascimento até este momento que ecoa como uma vitória não de nossa parte, mas de todos nós;

Aos Mestres da Universidade Federal do Maranhão, por suas dedicações junto ao ensino da Ciência do Direito;

Em especial, à Prfa. Dra. Lucylea Gonçalves França, orientadora deste trabalho monográfico, sem a qual este não seria possível, sua dedicação e orientação, se fizeram imprescindíveis para a consecução da pesquisa apresentada;

Aos colegas de trabalho e da universidade, pelo companheirismo e compreensão na labuta educacional.

A todos, os nossos mais sinceros agradecimentos.

“A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. o mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. tratar com desigualdade iguais, ou desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.” *Rui Barbosa.*

RESUMO

A modalidade licitatória do pregão e sua viabilidade para a Administração Pública como forma de celeridade e eficiência atendendo ao princípio da moralidade administrativa. O trabalho analisa as questões pertinentes aos certames em que a Administração Pública se faz presente como parte contratante. Reflete-se sobre as modalidades de certames demonstrando suas características mais primárias, de logo afirmando que as licitações seguem os preceitos estatuídos na Lei nº 8.666/93. A modalidade pregão, como forma licitatória para a Administração inicia-se através da Lei nº 10.520/2002, a qual em essência busca efetiva celeridade e economia administrativa. As características intrínsecas do pregão possibilitam afirmar que este *modus* de licitar se faz mais vantajoso para a Administração e para os administrados, para aquela em razão do rompimento com inúmeras burocracias desnecessárias, possibilitando a consecução dos bens ou serviços imprescindíveis em prazo mais dinâmico; e para estes, em razão da transparência e legalidade que se fazem mais clarividentes quando da modalidade pregão. São trabalhados os princípios inerentes à modalidade pregão e seus tipos, ou seja, o pregão na forma presencial e na forma eletrônica, demonstrando-se as suas vantagens para a eficiência, celeridade, finalidade e competitividade.

Palavras-chave: Pregão. Licitação. Administração Pública. Celeridade. Moralidade administrativa.

ABSTRACT

The bidding modality trading and its viability for the public administration as a way of speed and efficiency in view of the principle of administrative morality. The paper analyzes the issues related to contests in which the Public Administration is present as a contracting party. Is reflected on the modalities of exhibitions demonstrating its most primary characteristics, just stating that bids follow the precepts statutory in Law Nº. 8.666/93. The trading mode, as bidding form for Administration begins by nth Law 10.520/2002, which in essence seeks effective speed and managerial economics. The intrinsic trading characteristics enable state that this modus bid is most advantageous for the Administration and administered, for that due to the break with numerous red tape, enabling the achievement of essential goods or services in more dynamic term; and for these, because of the transparency and legality that are more clairvoyant when trading mode. The principles inherent in trading mode are worked and their types, e the trading in attendance form and in electronic form, showing up its advantages for efficiency, speed, purpose and competitiveness.

Keywords: Trading. Bidding. Public Administration. Speed. Administrative morality.

LISTA DE ABREVIATURAS

ANATEL - Agência Nacional das Telecomunicações

CF – Constituição Federal

LGT - Lei Geral das Telecomunicações

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	LICITAÇÃO: conceito, histórico e finalidade.....	15
2.1	Legislação aplicada.....	19
2.2	Destinatários.....	20
3	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.	22
3.1	Princípio da legalidade.....	23
3.2	Princípio da impessoalidade.....	27
3.3	Princípio da moralidade.....	28
3.4	Princípio da publicidade.....	32
3.5	Princípio da eficiência.....	35
4	PRINCÍPIOS INERENTES AO PROCESSO LICITATÓRIO.....	39
4.1	Princípio da isonomia.....	39
4.2	Princípio da seleção da proposta mais vantajosa.....	40
4.3	Princípio da probidade administrativa.....	41
4.4	Princípio da vinculação ao instrumento convocatório.....	42
4.5	Princípio do julgamento objetivo.....	43
5	MODALIDADES E PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS.....	45
5.1	Tipos de licitação.....	50
6	CARACTERIZAÇÃO DA MODALIDADE LICITATÓRIA PREGÃO.....	52
6.1	A Lei nº 9.472/97.....	52
6.2	Princípios específicos da modalidade pregão.....	53
6.2.1	Eficiência.....	53
6.2.2	Celeridade.....	55
6.2.3	Finalidade.....	56
6.2.4	Competitividade.....	56
6.3	Diferenciação do pregão das demais modalidades licitatórias.....	57
6.3.1	Inversão das fases.....	57
6.3.2	O que pode ser licitado.....	59
6.3.3	Vantagens: celeridade e eficiência.....	60

6.3.4	Pregão presencial.....	60
6.3.5	Pregão eletrônico.....	64
7	MODALIDADE PREGÃO NO ESTADO DO MARANHÃO: Lei nº 9.579/2012.....	67
8	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	70
	REFERÊNCIAS.....	73

1 INTRODUÇÃO

A estrutura da Administração Pública desde seu início demanda a necessária contratação de bens e serviços como forma de concretizar seus objetivos de satisfazer as necessidades dos administrados. Não raro, para a consecução de suas metas, a Administração Pública necessita recorrer ao contrato com terceiros, já que seria inviável se ela tivesse, inexoravelmente, de assumir por suas próprias dispensas todas as atividades inerentes à sua função. Ressalte-se que esta prática de certa forma perfaz para o bojo administrativo a necessidade da formalidade.

A contratação de bens e serviços por parte da Administração não pode seguir o caminho apenas escolhido pelo administrador, ela está vinculada a princípios constitucionais que legalizam a sua eficiência. É neste sentir, que para a aplicabilidade dos citados contratos, a Administração Pública necessita da utilização do instituto da licitação.

Licitatar é o procedimento estatuído pela lei, de forma que a Administração não possui poderes legais para escolher de forma aleatoriamente a contratação com terceiros, já que a ela não é dado o direito de agir fora do estabelecido pela lei. E não é só, a Administração deve buscar a efetiva eficiência de suas posições, posto que o recebedor – a sociedade – exige a qualidade dos serviços prestados, de forma que observando a necessidade de apresentar modalidade licitatória capaz de ser célere ao mesmo tempo em que se faz transparente, o legislador apresentou por meio da Lei nº 10.520/2002, a modalidade licitatória denominada de pregão.

A pesquisa busca traçar posições que delineiam a conceitualização e formação da Administração Pública, demonstrando que a contratação de terceiros não pode ocorrer de forma livre, mas deverá sempre seguir o procedimento licitatório, resguardando as proposituras da legalidade, isonomia, moralidade, dentre outras, como denominador capaz de postular a celeridade administrativa, ponto basilar para a sua eficiência.

A modalidade pregão por ser definida como aquela em que a disputa pelo fornecimento de bens ou serviços é efetivada em sessão pública, onde serão efetuadas propostas de preços escritas e lance verbal, e alguns na forma eletrônica (caso do pregão eletrônico). Por certo, entende-se que esta modalidade de licitação se apresenta como a mais viável para a manutenção da eficiência administrativa, pois

em razão dela – em razão de sua desburocratização - o administrador deve ser probo em seus posicionamentos, levando-se em conta que é necessário para a Administração Pública não só se apresentar de forma ética e moral consubstanciada no artigo 37 da Constituição Federal, mas também, externar a aplicabilidade – no todo – da transparência de suas ações, dentre elas (talvez a mais criticada), encontra-se as licitações.

O trabalho científico se mostra de importância para a ciência do direito em virtude de delinear observações sobre a licitação na forma de pregão, dando a oportunidade de observa-se a congruência que ocorre na citada modalidade de certame para o alcance do princípio constitucional da eficiência, além do que, por meio da análise proposta ter-se-á a possibilidade de traçar observações sobre os principais aspectos do pregão, esta modalidade de licitar, ainda pouco conhecida da sociedade como um todo.

O objetivo central do trabalho é a demonstração jurídica de que o pregão se apresenta como *modus* licitatório capaz de efetivar a isonomia necessária para a mais correta aplicabilidade dos fins instituídos da Administração Pública quando busca adquirir bens e serviços, e de fato, dando a mais ampla visibilidade sobre a mecânica estatuída no certame e por isso mais eficiência.

A pesquisa utilizou-se do método denominado de monográfico, no qual a busca das fontes doutrinárias servem como baliza central para o desenvolvimento da reflexão, artigos, periódicos e sínteses fazem parte do bojo pesquisado e analisado para a consecução do trabalho monográfico apresentado.

A monografia apresenta-se dividida em tópicos que convergem para a demonstração que a utilização do pregão como forma licitatória produz junto a Administração Pública, maior plausibilidade de exibir a eficiência na prestação dos serviços reclamados pelos administrados.

Primeiramente tratou-se do conceito de licitação, seu histórico e sua finalidade, tornando-se assim possível uma visão mais ampla deste instituto que apesar de não se fazer novo no ordenamento jurídico pátrio, muitas das vezes se apresenta de forma complexa, fazendo com que o seu maior interessado – a sociedade – termine por perder todo interesse na sua consecução.

Em um segundo momento efetivou-se reflexões sobre os princípios previstos no artigo 37 da Carta Política de 1988, a qual como Constituição Cidadã, se revelou preocupada como os anseios sociais, estabelecendo princípios

indeclináveis aos quais a Administração Pública deva seguir. Dentre eles merece chamar a atenção para os princípios da celeridade, publicidade, moralidade e eficiência.

Fora reservado tópico especial para serem analisados os princípios inerentes ao processo de licitação: isonomia, seleção da proposta mais vantajosa, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo. Princípios especiais que regem a base licitatória, tornando-a instituto capaz de transmitir legalidade aos contratos de bens e serviços efetivados pela Administração.

Como forma de propiciar coesão ao trabalho científico, concatenou-se posicionamentos e sínteses sobre as modalidades e procedimentos licitatórios. Trazendo para o bojo da pesquisa questões relevantes sobre a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão, deixando para momento posterior as análises sobre a, também, modalidade pregão. Neste interim, foram estabelecidos breves comentários sobre os tipos de licitação, apenas traçando algumas considerações no afã de consubstanciar a pesquisa de informação capazes de torná-la mais compacta quanto a questão central que é a demonstração de que a modalidade pregão como mais eficiente ao âmbito da Administração na busca da celeridade administrativa.

Sobre a modalidade pregão efetivou-se ponderações, iniciando-se pelo traçar de um histórico legislativo; apresentando-se suas essenciais características; sua formalização; suas fases e vantagens como modalidade licitatória célere e que conduz à eficiência administrativa.

Também é neste momento em que são relacionadas as modalidades de pregão: presencial e eletrônico, este último aparecendo como tipo de pregão que visa dar maior amplitude à modalidade, posto utilizar-se de meios eletrônicos (possuidores de maior poder de abrangência).

Antes de encerrar o trabalho monográfico, efetivou-se análise sobre a possibilidade da modalidade pregão ser utilizada como meio para licitação de para obras de engenharia, o que tem causado divergências entre doutrinadores e jurisprudências, todavia no Estado do Maranhão, em conformidade com a lei estadual nº 9.579/2012, é plenamente possível a utilização da citada modalidade licitatória para obras de engenharia.

Nas considerações finais, tem-se pretensão de corroborar as afirmações apresentadas no contexto do trabalho científico ao mesmo tempo em que pontua-se as vantagens que esta o pregão trouxe e tende a trazer para maior eficiência da Administração Pública.

2 LICITAÇÃO: conceito, histórico e finalidade

Deve-se iniciar dizendo que o instituto da licitação se reveste em procedimento administrativo vinculado de observância obrigatória pelos órgãos e entidades da Administração Pública, o qual obedecendo à igualdade entre os participantes interessados, visa escolher a proposta mais vantajosa para a Administração, com base em parâmetros e critérios antecipadamente definidos em ato próprio, no sentido de adquirir bens ou serviços. Neste sentido, se torna fático o entendimento de que a licitação – em regra - é uma sequência de atos administrativos, que começam com a constatação de uma necessidade em uma ou mais unidades administrativas, e culmina com a celebração de um contrato público.

Bem mais abrangente é o conceito de licitação elaborado por Bandeira de Mello (2011, p. 530), ao dizer que:

É o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo 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.

Desta forma, licitação pode ser entendida como um procedimento que estimulando a disputa entre os interessados em contratar com a Administração Pública de forma isonômica na busca da proposta mais vantajosa, considerando os critérios de segurança, posto que na habilitação dos proponentes ocorre a verificabilidade da sua capacidade de contratar, cumprimento das obrigações e economicidade, tudo na busca do menor dispêndio de recursos.

Na mesma temática de conceituar o que seja o instituto da licitação, traz-se a colação de Meirelles (2012, p. 49):

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Visa a propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o poder público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração.

A licitação é um procedimento administrativo absolutamente vinculado, isto é, tanto a Administração como os participantes devem obedecer a todas as

normas a ela relacionadas, bem como ao disposto no instrumento convocatório (edital, ou carta-convite).

O edital é a lei da licitação, e conseqüentemente a lei que vai reger o contrato (sem prejuízo da aplicação subsidiária de outras normas de direito), mas para isso ele deve ser elaborado em absoluta consonância com a Lei nº 8.666/93, no caso de licitações convencionais, ou com a Lei nº 10.520/2002, no caso de licitação na modalidade pregão.

Interessante entender o instituto da licitação em momentos prioritários dos seus atos administrativos: internos e externos. Os atos da fase interna são aqueles ditos preparatórios, os quais ocorrem no âmbito da Administração Pública, antes mesmo da divulgação do edital, ou seja, são procedimentos formais, tais como o da elaboração do edital, a definição de que tipo de licitação será utilizado para aquele momento administrativo. Já no que concerne aos atos externos, estes se iniciam verdadeiramente após a publicidade da licitação, que, no seu desenvolver deve apresentar as fases de habilitação, apresentação das propostas e seus necessários documentos, a classificação das propostas, julgamento, homologação e adjudicação. Esta seria a composição dos atos administrativos (em suma) do processo licitatório. Importante ressaltar que a licitação só é viável e só se justifica, na existência de possibilidade de competição, isto é, deve haver mais de um interessado em contratar com a Administração ou então o objeto é acessível a mais de um. Nos casos em que não haja essa possibilidade, a Administração poderá realizar a contratação direta, com dispensa ou inexigibilidade de licitação, como será visto tópico específico.

Passar-se-á a traçar breve histórico sobre ao instituto da licitação. Segundo Delano (2009), a história do processo licitatório teria suas raízes mais remotas na Idade Média, sendo aquela época o marco inicial dos avisos de serviços disponibilizados para o exercício de terceiros. Ressalta o citado autor que o modelo de licitação pública daquela época visava ao benefício de determinadas classes sociais (nobreza e clero).

No Estado Liberal, por isso a presença de um modelo de Administração diferenciado daquele exercido na Idade Média, e com a presença do processo renacentista/iluminista, o Estado buscou combater aquele modelo de corrupção vivenciada durante a época medieval, de forma a viabilizar o aperfeiçoamento dos

processos burocráticos, perfazendo rigorosas mudanças no *modus* de contratar serviços junto a terceiros.

Na atualidade, a licitação é um modelo utilizável em todas as nações mais desenvolvidas como forma de trazer a segurança jurídica aos administrados, perfazendo o caráter de transparência do administrador.

No que concerne ao Brasil em espécie, segundo explica Delano (2009, p. 55):

Desde 1592, nas Ordenações Filipinas observa-se a preocupação de primeiro andar em [licitação], para se dar a empreitada a quem houver de fazer melhor e por menos preço. Em 1828, a Lei de 29 de agosto, no Art. 5º, reiterava a mesma diretriz: 'Aprovado o plano de algumas referidas obras, imediatamente será a sua construção oferecida a Empresários por via de Editais Públicos e havendo concorrentes, se dará a preferência a quem oferecer maiores vantagens.

Como se observa da leitura, mesmo que não houvesse um direcionamento específico para a nação brasileira, as Ordenações Filipinas¹ determinavam de logo a questão do menor preço quando das compras públicas.

A legislação brasileira, no que tange à questão do histórico sobre o desenvolvimento do instituto da licitação, tem seu início clarividente a partir do Decreto nº 2.926 de maio de 1862, o qual se propôs regulamentar as arrematações dos serviços que estavam sob a égide do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas.

Também merece relevo a propositura oriunda do Código de Contabilidade Pública da União (CCPU), datado de 28 de janeiro de 1922, o qual trouxe em seus anais determinações sobre os procedimentos que deveriam ser observados quando da concorrência pública.

Conforme explica Bazilli (2009, p, 19), “expressão concorrência foi posteriormente substituída, passando-se a empregar a terminologia licitação”. Posto que ao tratar-se da questão licitatória o termo utilizado era concorrência, somente passando a ser empregado o referido termo após a vigência do Decreto-lei nº 200/1967, o qual sistematizou a licitação como procedimento necessário para os contratos efetivados pela Administração Pública.

Em 1967, por meio do Decreto-Lei nº 200, tem-se a denominada Reforma Administrativa, a qual dentre outras visava conferir às contratações públicas maior

¹ Nome dado à compilação jurídica que constituíram a base do sistema jurídico português (DELANO, 2009).

eficiência. Posteriormente, no ano de 1968, por força da Lei nº 5.456, aquele modelo de concorrência pública passou a ser utilizado pelas Administrações dos Estados e Municípios.

Fora com o Decreto-Lei nº 2.300/86, que a matéria licitação foi mais bem delineada e normalizado os procedimentos licitatórios para a Administração em geral, ocorrendo assim a busca para o processo licitatório viesse a impor o combate a desvios de conduta nas concorrências.

Vale ressaltar que as constituições anteriores à *Lex Fundamentalis* atual, foram silentes quanto a questão licitação pública, ficando patenteado que a Constituição de 1988 é a primeira a estabelecer regras mínimas de condutas a serem observadas pela Administração, sem as quais ter-se-á claramente violação dos princípios constitucionais.

Pereira Júnior (2011, p. 559) ao tratar da questão histórico-evolutivo do instituto da licitação, se manifestou da seguinte forma:

A lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, atualizada pela Lei nº. 8.883, de 08 de junho de 1994, que estatui as normas gerais sobre licitações e contratos completa o ciclo evolutivo, disciplinando o instituto e os contratos públicos em 125, artigos, a partir das diretrizes traçadas pela Constituição e de modo a exigir sua prática na administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 37, caput). Ressalvadas as hipóteses previstas na lei, nenhum órgão ou entidade da administração pública brasileira, pode, hoje, contratar compra obra, serviço, alienação ou locação sem prévia licitação, sob pena de violar os princípios fundamentais da igualdade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade.

Aduz-se da leitura da citação de Pereira Júnior (2011), que é a partir da Lei nº 8.666/93 que o ordenamento jurídico pátrio passa a utilizar a lei em si para estabelecer normas sobre o processo licitatório, posto que até então tal ocorrido dava-se por meio de Decreto-Lei. Neste sentido é por meio da Lei nº 8.666/93 que ocorre a regulamentação do artigo 37², da Constituição de 1988 (CF), sendo estabelecidas, a partir de então, normas expressas e gerais para as licitações e

² **Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). **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 (GRIFOS NOSSOS).

contratos em todas as modalidades, quando estas se fizerem com a Administração Pública.

2.1 Legislação aplicada

Conforme estatui o inciso XXVII do artigo 22 da Constituição Federal de 1988, a União é o ente competente para legislar sobre normas gerais de licitação.

Verbis:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

...

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º III;

[...].

Em decorrência deste preceito constitucional, foi editada a Lei nº 8.666/1993 (Regulamentando o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública) sendo denominada como Lei das Licitações, à qual se subordinam as entidades administrativas públicas de todas as esferas de governo. Todavia, outros comandos normativos também foram editados para regular os procedimentos de contratações públicas, podendo-se citar:

- Decreto 3.931/2001 (Regula o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666/1993);
- Lei nº 10.520/2002 (Institui no interior do instituto da licitação a modalidade Pregão);
- Decreto nº 3.555/2002 (Aprova o regulamento para a modalidade de licitação denominada Pregão);
- Decreto 4.342/2002 (Altera dispositivos do Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001, que regulamenta o Sistema de Registro de Preços);
- Decreto 5.450/2005 (Regula o Pregão, na forma eletrônica para aquisição de bens e serviços comuns);
- Decreto nº 5.505/2005 (Estabelece a exigência de utilização de Pregão, preferencialmente na forma eletrônica, nas contratações realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União);

- Lei Complementar nº 123/2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte).

2.2 Destinatários

A obrigatoriedade da licitação está estabelecida no art. 37, XXI da Constituição Federal, já a abrangência desta obrigação está disciplinada na Lei nº 8.666/1993, em seu artigo 1º e respectivo parágrafo único, transcritos a seguir:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Como se pode defluir da leitura do texto legislativo, a citada norma se faz abrangente, de forma que disciplina as contratações de bens e serviços efetivados pela Administração Pública, perfazendo para a sociedade uma das mais eficazes transparências do modelo de gestão. Esta regra prevista no artigo 1º da citada lei aos poucos tem sido fragilizada por medidas provisórias, dentre elas pode-se citar a Medida Provisória nº 630, a qual no calor das manifestações por segurança pública, determinou a aplicabilidade do Regime Diferenciado de Contratações (RDC) para todas os contratos da União, Estados e Municípios (ESTADÃO, 2014).

Neste sentido, aquela rigidez prevista no artigo 1º da Lei de Licitações e, que por certo, traduzia-se em uma espécie de segurança jurídica a todos os envolvidos direta e indiretamente no processo licitatório, aos poucos, por força da pressão governamental, vai sendo derogada, cedendo espaço para outros modelos de contratação onde a norma se faz mais branda e por isso mais fácil de ser burlada.

A doutrina tem se dividido em relação à aplicabilidade da Lei de Licitações no que concerne às empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas, uns dizendo que a citada norma deve ser aplicada *in totum* (CARVALHO FILHO, 2013), enquanto outros dizem que a Lei de Licitações não é de observância obrigatória também para aqueles entes (ALEXANDRINO; PAULO, 2010).

Mello (2011, pg. 544) afirma que, em determinados casos, seria possível deixar-se de utilizar a Lei de Licitações. É que, “em inúmeros casos, a licitação será incompatível com o normal cumprimento do escopo em vista do qual foram criadas”.

A licitação entender-se-á inexigível nos casos em que o procedimento inviabilize o desempenho das atividades específicas para os quais a entidade foi instituída. Todavia, permanece o dever de licitar se a entidade estiver somente adquirindo, montando, reformando ou alienando suas instalações, sem que haja interferência de qualquer peculiaridade relacionada com a atividade comercial que lhe é pertinente.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Ao se falar em Administração Pública, tem-se como referência a chegada da Família Real ao Brasil em 1808, naquela época fugindo das tropas napoleônicas (período joanino). Instalando-se no Brasil, a Corte Portuguesa determinou a implementação da denominada Administração Pública, em razão de que sem a qual a presença da Família Real no Brasil tornar-se-ia muito difícil.

De tal modo, é a presença da Coroa no Brasil que vai dar o tom da burocracia nacional, e a partir daquele momento o então Reino de Portugal e Algarves passou a ser regido por princípios administrativos lusos, criando-se uma espécie de direito administrativo que perdura até os dias atuais.

O direito administrativo, na forma como concebido atualmente, busca uma aproximação entre o Poder Público e a sociedade. O administrado adveio da posição de “súdito, servil e submisso, à predominância absoluta da autotutela” (MEDAUR, 2008, p. 57), passando assim do posicionamento em que simplesmente aceitava as decisões administrativas a sujeito *partícipe* no processo que a antecede, por meio da oportunização de todos os mecanismos de defesa que lhe coubessem.

Como bem ressaltou Tácito (2007, p. 2), “o direito administrativo contemporâneo tende ao abandono da vertente autoritária para valorizar a participação de seus destinatários finais quanto à formação da conduta administrativa”. Frase esta que, com efeito, resplandece a natureza essencial do direito administrativo pátrio. Nesta via de entendimento, não se faz mais possível que aquele modelo de administração que deixava de observar as normas estatuidas.

Com o advento da Constituição Cidadã, garantias individuais e coletivas indeclináveis foram expressas, posto serem verdadeiros direitos difusos, é nesta trilha que a Administração Pública deve prestar ao administrado as informações necessárias sobre seus atos, sempre na demonstração da utilização do mais amplo critério da moralidade administrativa, capaz de demonstrar a presença dos atos probos, principalmente quando estes fatos estão diretamente ligados ao poder da Administração de contratar e adquirir bens ou serviços.

Na busca do mais amplo entender sobre o princípio da moralidade administrativa como uma das formas de manutenção da denominada probidade, se

faz necessário que sejam traçadas considerações gerais sobre o conceito de administração e seus princípios.

3.1 Princípio da legalidade

Desde que ocorre a notícia da presença da Administração Pública no interior da formação estatal, de logo tem-se implicitamente que esta administração não poderá percorrer caminhos diversos dos da legalidade de todos os seus atos, e diz-se da legalidade de todos os seus atos, posto que basta um ato da Administração de forma ilegal para que todos os demais transpareçam eivados de vícios.

Inconcebível perante a presença da Administração Pública – quando do dever de fazer - o auferir de liberdades e vontades particulares, “o ato administrativo deve sempre buscar atingir o bem comum, elevar os interesses públicos, e estar sempre em conformidade com a expressão da lei” (FAGUNDES, 2009, p. 40), de forma que diz-se que a Administração Pública só pode agir *secundum legem*.

Desta reflexão, se faz possível iniciar o entendimento dos motivos claros que levaram o constituinte de 1988 em firmar posicionamento de normalizar a legalidade como princípio componente da Administração Pública. Com efeito, o princípio da legalidade “impõe ao administrador o dever de só atuar em conformidade com os ditames normativos, não havendo liberdade nem vontade pessoal que possam burlar este preceito constitucional” (FAGUNDES, 2009, p. 52). Ao particular é possibilitado o agir e fazer na forma livre, desde que a lei expressamente não vede; trilhando outra via, à Administração somente é permitido agir e fazer aquilo que a norma expressamente autoriza. Daí a manifestação de Frota (2007, p. 6) ao dizer que:

Este princípio nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais, uma vez que a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício dos mesmos. A submissão da Administração Pública não é apenas à lei em sentido estrito, mas à legalidade entendida também como um conjunto de princípios em sintonia com a teleologia constitucional.

Outra não pode ser a interpretação do que aquela que diz que o princípio da legalidade reveste-se em direito subjetivo do próprio administrado em ser protegido pelo exercício na forma mais legal possível por parte da Administração.

Fagundes (2009, p. 48), afirmou que “todas as atividades da Administração Pública são limitadas pela subordinação à ordem jurídica, ou seja, à legalidade”. Assim, nesta seara (sendo esta unânime pela doutrina), a legalidade é dever do agente público e se faz condição para a sua atuação lícitamente. Traduz-se em relação de subordinação ou mesmo vinculação à lei ou ao regramento jurídico.

Para a disciplina de Meireles (2012, p. 48):

A legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se-á a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

Somente corroborando o já delineado no tocante a tal princípio, não é permitido à Administração Pública o agir em desconexão com a norma. A Administração Pública só pode agir na linha da lei, por isso não se admite que a Administração Pública haja nas formas *contra legem* ou *praeter legem*.

A Carta Magna de 1988 dispõe sobre o princípio da legalidade da seguinte forma:

art. 5º, II – ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’ – [onde exige-se do administrador público que faça apenas o que a lei e o direito permitirem ou obrigarem];

.....
art. 37 - que estabelece os princípios aos quais a Administração Pública deve obediência - legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Ora, está claro que o legislador constitucional aferiu que a Administração Pública diferencia-se do particular em razão da necessária demonstração de legalidade de seus atos. Se ao particular incide o princípio constitucional da presunção de inocência, a Administração Pública deve apresentar de logo a ação legal, posto que seria incompreensível dar-se ao Estado (como gerente da Administração Pública), o direito de agir fora da legalidade.

Carvalho Filho (2013, p. 791), ao tratar do princípio da legalidade no âmbito do processo administrativo disciplinar diz que, “diferentemente do indivíduo que é livre para agir, podendo fazer tudo o que a lei não proíbe. A Administração, somente poderá fazer o que a lei manda ou permite”. Neste íterim, é possível dizer-se que à Administração Pública não cabe recorrer a atos ilegais para atingir os seus fins, mormente porque em assim agindo não se poderia falar em fim legal. Daí o verbete sumular nº 473 do Supremo Tribunal Federal (STF):

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Aquela suprema corte já disse que quando os atos cometidos pela Administração Pública que violem a legalidade, de pronto a própria Administração, e por isso, dispensado a intervenção do Poder Judiciário, poderá (entenda-se deverá) anular seus próprios atos, já que deles não é possível a criação de direitos/deveres nem em favor da Administração, nem em favor do administrado.

Nesta via de entendimento, se faz peculiar dizer-se que o princípio da legalidade é o mais tenaz princípio alocado no âmbito da gestão pública, posto dizer que o administrador, por força de sua imposição, só deve atuar de acordo com o que está explícito na norma, de pronto retirando *in totum* a possibilidade de exercício da supremacia da vontade pessoal do administrador (impessoalidade da Administração Pública).

É neste sentido que Di Pietro (2011, p. 86), analisando o princípio da legalidade, diz que:

Este princípio nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais, uma vez que a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tem por objeto a restrição ao exercício dos mesmos [direito do indivíduo, cuja a liberdade só pode ser tolhida por norma jurídica que não afronte a Constituição].

No interior do princípio da legalidade, encontra-se o princípio da finalidade, em razão do estabelecido pela Lei nº 9.784/99 em seu artigo 2º, dizendo que dentre outros, a Administração Pública deverá guiar-se pelo princípio da finalidade, por isso, entendeu-se que no interior da legalidade está inserido o princípio da finalidade, revestindo-se como intento finalístico para a mais certa aplicabilidade da lei.

Avivando a necessária observância ao princípio da finalidade quando do exercício do princípio da legalidade, assevera Sundfeld (2006, p. 5, GRIFO NOSSO), que: “Quando o administrador age em desconformidade com este princípio, **há um desvirtuamento da lei**. A sua conduta revela um desvio de poder, podendo ensejar a nulidade do ato”.

Com efeito, a leitura expressa informa que todos os atos oriundos do Poder Público estão sob a égide da legalidade, logo a finalidade deve estar inserida

na própria legalidade do ato, sem a finalidade do ato; este perderá o seu valor de legalidade e, por isso, tornar-se-á ilegal. De forma igual ao denominado princípio da finalidade, o princípio da motivação também se faz inserido no bojo da legalidade.

Em decorrência da motivação, a Administração deverá demonstrar as razões de fato e de direito (motivos) que a levaram à aplicabilidade do ato, já que ao administrador não fora dado direito de ao seu próprio interesse gerar atos. Nesta senda, parte da doutrina já disse que a motivação é sinônima da fundamentação (esta expressa no artigo 93, inciso IX, da Carta Política de 1988).

Afirmou Carvalho (2008, p. 81) que é dever "... a motivação em relação aos atos administrativos, surgindo esta exigência nos atos restritivos de direito, sobretudo os de natureza disciplinar". A autora expressa com clareza que os atos administrativos estão vinculados aos motivos que se fizeram determinantes para a sua concretude, e por isso sem a legalidade que é a sua essência, pois um ato administrativo que é eivado de vícios é ato ilegal incapaz de gerar legalidade, e vedado pela Constituição Federal.

O princípio da legalidade, um dos mais fortes no combate à denominada improbidade administrativa (LIA – LEI Nº 8.429, DE 2 DE JUNHO DE 1992), estabelece patamares mínimos, que é possível delinear-se da seguinte forma:

- a) atuação em estrita conformidade com as normas do sistema jurídico em vigor – Por este regramento, ao administrador não cabe a possibilidade de agir se não for em conformidade com a expressão da lei;
- b) respeito aos princípios constitucionais e infraconstitucionais do ordenamento jurídico a que estão sujeitos – refere-se a amplitude da legalidade de agir, ou seja, a Administração Pública deve seguir às legislações pátrias em sua amplitude;
- c) sujeição à vigência da norma jurídica, sendo-lhes defeso deixar de cumpri-la sob pretexto de julgá-la inconstitucional – neste sentir, à Administração não caberá o exercício (e nem poderia) agir como Poder Judiciário, de forma que deixar de agir pela letra da lei por julgá-la inconstitucional, é ferir o princípio da legalidade, já que a lei oriunda do Legislativo só pode ser revogada após manifestação do Judiciário;
- d) submissão completa á leis, não cerceando sem amparo legal direitos e liberdades de particulares – a Administração não pode, ao seu discricionamento, ignorar liberdades individuais, posto que seu agir somente se coisifica na presença da legalidade;
- e) responsabilização por atos ilegais (nulos ou anuláveis) que praticarem no exercício de sua função pública – aqui a Administração é inteiramente responsabilizada pelos os atos dos seus agentes e delegados (PAZZAGLINI FILHO, 2013, p. 15).

Validamente, as indicações são meramente exemplificativas, outras decorrem da necessidade de acoplamento dos atos administrativos. Por isso, a Administração não se completa em si mesma, mas sim, na satisfação do

administrado – fim maior da Administração Pública Pátria – que ao sentir bem administrado (entenda-se na forma íntegra), adquirirá os primordiais princípios inseridos na moral e na ética.

3.2 Princípio da impessoalidade

Inicia-se dizendo que impessoal é não pertencer a uma pessoa em especial, é algo que não possui referência individual, mas sim representa ou está ligado diretamente a uma espécie ou grupo de pessoas.

Ao tratar do conceito de impessoalidade, Rocha (2010, p. 59) afirmou que:

O princípio da impessoalidade da Administração Pública traduz-se na ausência de marcas pessoais e particulares correspondentes ao administrador, que, e, determinado momento, esteja no exercício da atividade administrativa, tornando-a, assim, afeiçoada a seu modelo, pensamento ou vontade.

A impessoalidade revela o Estado não-César; contrário àquele que prevaleceu desde a Antiguidade e que tinha na figura do governante o seu padrão normativo e político. A figura do Estado era uma e mesma coisa que o César, por isso a sua face se espelhava em sua lei, em sua bandeira e até mesmo em sua moeda.

O referido princípio aloca valores éticos capazes de determinar que os atos oriundos da Administração Pública devam ser de caráter impessoal, visando de pronto alcançar não a satisfação pessoal ou privada, mas sim o alcance do interesse coletivo.

Por meio do princípio da impessoalidade, a Administração Pública não chama para si as benfeitorias de seus atos, mas deve distribuí-las na forma mais hegemônica possível. É o que se deflui das palavras de Meirelles (2012, p. 438), ao afirmar:

O princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988, nada mais que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal.

Como explanado, este princípio decorre do próprio princípio da igualdade ou isonomia, que “se traduz na ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações nem favoritismos. Constitui uma vedação a qualquer discriminação ilícita e atentatória à dignidade da pessoa humana”

(MEIRELLES, 2012, p. 438). Busca-se, por meio do citado princípio, a instauração de um governo que vise à consecução do bem da sociedade, evitando-se qualquer tipo de personalismo.

Lima *et al* (2010, p. 9) afirmam com veemência que a grande dificuldade a ser vencida pela Administração Pública é a de que seus administradores identifiquem e apliquem a separação do público para o particular. *Verbis*:

Separar a personalidade da administração pública, eis o grande desafio que se quer superar com o cumprimento do princípio da impessoalidade. Na atualidade, apesar das revisões legislativas e da proibição de certas práticas que infringem o princípio em questão, é aparente que ainda sobram resquícios do absolutismo quando se observa nas práticas administrativas a extrema ligação entre os atos da administração e a pessoa do administrado.

Por certo, o grande desafio daquele que assume o caráter de administrador da coisa pública é saber efetivar a devida separação entre o pessoal e o público. A Administração Pública não pode estar a serviço do privado, do pessoal, a ela somente interessa o bem de todos, por isso público.

Ainda tratando sobre o assunto, disse Brandão (2004, *apud* CARVALHO FILHO, 2013, p. 48) que:

Como a lei em si mesma deve respeitar a isonomia, porque a Constituição a obriga (art. 5º, *caput* e inc. I), a função administrativa nela baseada também deverá fazê-lo, sob pena de cometer-se desvio de finalidade, que ocorre quando o administrador se afasta do escopo que lhe deve nortear o comportamento – o interesse público.

O referenciado princípio pode ser ilustrado por meio da exigência de que sempre haja licitação pública, nos termos do art. 175 da CF, ou frente à exigência de que a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverão possuir estilo educativo, informativo ou de orientação social, não 'podendo constar nomes, imagens, que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos' (art. 37, § 1º da CF).

Por certo, de tudo que se tenha delineado, é existente convergência conclusiva: o princípio da impessoalidade administrativa exige do agente público, um agir impessoal, sem ter que mirar este ou aquele indivíduo.

3.3 Princípio da moralidade

Quando se fala em moralidade administrativa, de pronto deve-se fazer um link entre a moralidade administrativa e o que se pode entender como “bom administrador”. Este conceito de “bom administrador”, segundo a explicação de

Franco Sobrinho (*apud* MORAES, 2010, p. 481), “é aquele que usando de sua competência legal, se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum”.

Seguindo o norte direcionado pela moralidade administrativa, a Administração Pública e seus componentes devem atuar na conformidade de princípios éticos, que não transgridam o senso moral da sociedade, de forma a moralidade administrativa, segundo Bazilli (2009, p. 84), corresponde:

[É um] dever da Administração Pública observar, com pronunciado rigor da maior objetividade possível, os referenciais valorativos basilares vigentes, cumprindo, de maneira precípua, proteger e vivificar, exemplarmente, a lealdade e a boa-fé pura com a sociedade, bem como travar o combate contra toda e qualquer lesão moral provocada por ações públicas destituídas de probidade e honradez.

É possível sintetizar do afirmado até o momento, que o princípio da moralidade encontra-se intrínseco no próprio conceito de Administração Pública. Ele reflete o posicionar de cada *partícipe* da Administração (direita ou indireta, centralizada ou descentralizada, concentrada ou desconcentrada, delegada ou outorgada), de forma a demonstrar a necessidade dos integrantes da Administração seguirem condutas que demandem a busca do atingir a moralidade, que nada mais é do que o exercício de atos morais para os seus administrados. Assim:

A moralidade significa a ética da conduta administrativa; a pauta de valores morais a que a Administração Pública, segundo o corpo social, deve submeter-se para a consecução do interesse coletivo. Nessa pauta de valores insere-se o ideário vigente no grupo social sobre, v.g., honestidade, boa conduta, bons costumes, equidade e justiça. Em outras palavras, a decisão do agente público deve atender aquilo que a sociedade, em determinado momento, considera eticamente adequado, moralmente aceito (PAZZAGLINI FILHO, 2013, p. 19).

Para o referido autor, a moral administrativa é mais completa demonstração da ideia de boa administração, na qual em seu interior estarão alocadas as propriedades que devem fazer parte do administrador público.

Para Hauriou (*apud* MORAES, 2010, p. 319), a moral na Administração é:

Um conjunto de regras de condutas tiradas da disciplina interior da Administração. A moral comum é imposta ao homem para a sua conduta externa. A moral administrativa é imposta ao agente público para a sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum.

A leitura acima demonstra com clareza que há uma distinção entre a moral que rege as condutas sociais do homem comum, e aquela moral

administrativa. Esta última se faz composta de regras que definem a boa Administração, existindo nela um direcionamento em direção ao bem comum.

Tratando do assunto moralidade administrativa, Carvalho Filho (2013, p. 77) disse que:

A atividade dos administradores, além de traduzir a vontade de obter o máximo de eficiência administrativa, terá ainda de corresponder à vontade constante de viver honestamente, de não prejudicar outrem e de dar a cada um o que lhe pertence [...]. À luz dessas ideias, tanto infringe a moralidade administrativa, o administrador que, para atuar, foi determinado por fins imorais ou desonestos como aquele que desprezou a ordem constitucional e, embora movido por zelo profissional, invade a esfera reservada a outras funções, ou procura obter mera vantagem para o patrimônio confiado à sua guarda. Em ambos os casos os seus atos são infiéis à ideia que tinha de servir, pois violam o equilíbrio que deve existir entre todas as funções, ou, embora mantendo ou aumentando o patrimônio gerido, desviam-no do fim institucional, que é o de concorrer para a criação do bem comum.

A questão se faz merecedora de relevo. Do homem comum, espera-se que tenha posicionamentos que revelem um conjunto sistemático de normas que o orientem a um fim humano, tendo como um dos pilares a sua liberdade. Com efeito, é possível dizer que se trata de um fim genérico. Já quando o mote da questão se refere à moralidade administrativa, esta implica os atos que são observados diretamente no âmbito externo e público, posto que os atores e autores de tais atos são detentores de um poder, qual seja, um poder público. Assim, os atos aplicados por estes agentes não podem fugir da exigência da moralidade e dos bons costumes. É justamente esta cobrança de atos inteiramente morais – já que se tornaria incompreensível se ter atos por vezes morais e em outras situações imorais - praticados pela Administração Pública, que faz com que se delege ao Estado (Administração Pública) poderes que por vezes sublimam as liberdades individuais em nome de preceitos coletivos, que devem sempre visar à moralidade administrativa-coletiva como bem maior.

Para que haja o mais amplo entender sobre a moralidade administrativa, peculiar trazer à baila a manifestação de Di Pietro (2011, p. 93) quando afirma categoricamente:

Não é preciso penetrar na intenção do agente, porque do próprio objeto resulta a imoralidade. Isto ocorre quando o conteúdo de determinado ato contrariar o senso comum de honestidade, retidão, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa-fé, ao trabalho, à ética das instituições. A moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir; entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos; entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos. Por isso mesmo, a imoralidade salta os

olhos quando a Administração Pública é pródiga em despesas legais, porém inúteis, como propaganda ou mordomia, quando a população precisa de assistência médica, alimentação, moradia, segurança, educação, isso sem falar no mínimo indispensável à existência digna. Não é preciso, para invalidar despesas desse tipo, entrar na difícil análise dos fins que inspiram a autoridade; o ato em si, o seu objeto, o seu conteúdo, contraria a ética da instituição, afronta a norma de conduta aceita como legítima para a coextividade administrada.

Como expressa a autora, a Administração Pública tem uma moral diferenciada daquela expressa a administração comum, dela a sociedade cobra posicionamento inflexível de legalidade (como amplamente expresso no bojo da pesquisa), posto que se Administração burle a legalidade, também fere mortalmente a moral administrativa, causando assim, o rompimento dos padrões estabelecidos pela própria Administração a serem seguidos pelo indivíduo.

A Constituição Federal de 1988 disse que o princípio da moralidade administrativa se faz vetor constitutivo do Estado Democrático de Direito Brasileiro, todavia merece consideração dizer-se que ainda que o princípio da moralidade administrativa não estivesse esculpido na *Lex Fundamentalis*, embora assim, tal princípio é parte integrante do todo denominado de Administração Pública. Não é outra a explicação orinuda do Supremo Tribunal Federal (STF) ao analisar o recurso extraordinário nº 160.381, onde aquela corte superior disse que:

Poder-se-á dizer que apenas agora a Constituição Federal consagrou a moralidade como princípio de administração pública (art. 37 da Constituição Federal). Isso não é verdade. Os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, sequer constam de texto regrado. Defluem no todo do ordenamento jurídico. Encontram-se ínsitos, implícitos no sistema, permeando as diversas normas regeadoras de determinada matéria. O só fato de um princípio não figurar no texto constitucional, não significa que nunca teve relevância de princípio. A circunstância de, no texto anterior, não figurar o princípio da moralidade não significa que o administrador poderia agir de forma imoral ou mesmo amoral. [...] o agente público não só tem de ser honesto e probo, mas tem que mostrar que possui tal qualidade. Como a mulher de César.

Por esta explicação, o agente público, até mesmo antes da promulgação da Constituição de 1988, por sua função, deveria guardar, dentre outros, a moralidade como princípio regulador de suas ações e posições. Não agindo desta forma, por certo feriria a disciplina essencial da Administração Pública, via contrária, que o leva à denominada improbidade administrativa. Trabalhar-se-á com maior amplitude, o referenciado princípio, quando adentrar-se na questão da moralidade e improbidade administrativa.

Para Pazzaglini Filho (2013, p. 17), o princípio da moralidade administrativa possui relevo perante a sociedade, dentre outras, posto que:

A sociedade brasileira, nos termos dos parâmetros sociais atuais prevalentes, reputa atentados contra o princípio da moralidade administrativa a corrupção e a impunidade dos corruptos, o enriquecimento ilícito dos agentes públicos; a exigência (ou solicitação) e o recebimento de propinas para o atendimento dos pleitos dos particulares junto à Administração; o tráfico de influências; o sectarismo da conduta de agentes públicos, privilegiando interesses pessoais no tratamento da coisa pública (v.g., nomeação de parentes em cargos de comissão ou perseguição de desafetos); o malbaratamento do dinheiro público, aplicado seja em mordomias abusivas, seja em propaganda institucional inútil ou proselitismo pessoal ou partidário.

Como esclarecido pela citação, a Administração Pública e, por conseguinte, aos seus agentes, haverá (necessariamente) de pautar-se, na prestação da atividade no âmbito administrativo-público, pelos princípios constitucionais extraídos da Constituição de 1988, na busca incessante de atingir a ética e a moral vigentes na sociedade (fim maior da Administração Pública).

3.4 Princípio da publicidade

O princípio da publicidade determina que a Administração Pública deva divulgar oficialmente os seus atos administrativos, de forma a viabilizar o conhecimento das condutas internas de seus agentes, oportunizando o conhecimento da sociedade dos *modus operandi* utilizados pela Administração na consecução do seu papel essencial e, neste sentido, fazendo valer os pilares da Administração Pública: da legalidade e da moralidade administrativa.

Com efeito, se a Administração deixar de externar a publicidade dos seus atos, por certo não ferirá somente este, mas indo muito mais além, refutará os princípios da legalidade e moralidade administrativa, posto demonstrar imperfeito seguimento das regras elencadas na Carta de 1988, além de violação clara aos preceitos aceitos moralmente pela convenção estabelecida pela sociedade brasileira.

É o que explica com clarividência Cretella Júnior (2009, p. 98) quando dita que a publicidade:

...Contrapõe-se ao segredo, à clandestinidade. Público é o ato ou o fato de que todos tenham ciência. A Administração Pública deve manter-se plena transparência de seus comportamentos, exceto nas hipóteses em que o

impedir o interesse público, naqueles casos extremos de segurança nacional ou como situações em que a divulgação prévia possa eliminar a viabilização de medidas justificáveis.

Esse princípio decorre da própria *Lex Fundamentalis* que em seu artigo 5º, XXXIV, garante a todos o direito de peticionar aos órgãos públicos e à obtenção de certidões sem a necessidade do pagamento de taxas, bastando haver interesse do particular sendo esse direito resguardado pelo remédio constitucional do *habeas data*. Valendo reforçar que o *habeas data* é o remédio constitucional de caráter restritivo que tenta garantir informação por parte da pessoa.

Já mencionou Di Pietro (2011, p. 548), fazendo uma comparação entre os procedimentos administrativo e judicial, a demonstrar a amplitude da publicidade dos atos da Administração:

Esse direito de acesso ao processo administrativo é mais amplo do que o de acesso ao processo judicial; neste, em regra, apenas as partes e seus defensores podem exercer o direito; naquele, qualquer pessoa é titular desse direito, desde que tenha algum interesse atingido por ato constante do processo ou atue na defesa do interesse coletivo ou geral, no exercício do direito à informação assegurado pelo artigo 5º, inciso XXXIII da Constituição.

O delineado princípio da publicidade encontra-se elencado no artigo 37, *caput*, da Carta Magna pátria, princípio este que se estende a toda e qualquer Administração Pública, tudo em razão de que se faz presente a necessidade do homem comum obter as devidas informações acerca dos atos praticados pelo governo em todas as esferas.

A Constituição, ao elencar o princípio da publicidade, disse não só está assegurado o direito de acesso às informações relativas aos Poderes, na forma de gratuidade, mas fora além, dizendo nos termos do artigo 5º, inciso XXXIV, 'a' e 'b', que tais informações serão asseguradas independentemente de pagamento de taxas. Nesta via, é peculiar dizer-se que a Constituição, como a maioria das constituições democráticas, buscou coibir os mandos e desmandos que ocorriam sem a comunicabilidade necessária ao seu maior interessado, a sociedade. Observe-se a decisão oriunda do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDF):

SENTENÇA NÃO DISPONIBILIZADA INTEGRALMENTE NOS AUTOS - PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE FERIDO. 1 - a sentença deve estar disponibilizada em sua totalidade nos autos em que foi proferida e não em arquivos, por ferir o princípio da publicidade. 2 - sentença reformada (TJ-DF - ACJ: 20020110515745 DF., RELATOR: SEBASTIÃO COELHO, PRIMEIRA TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS DO D.F., DATA DE PUBLICAÇÃO: DJU 04/12/2003, p. 53).

Como delineado na decisão apontada, o princípio da publicidade é fator primordial para possibilitar com que os administrados tenham o mais amplo conhecimento dos atos da Administração Pública. Sem o citado princípio, a Administração tornar-se-ia uma espécie de local fechado para poucos, e mais uma vez ter-se-ia ferimento ao princípio da legalidade e da moralidade administrativa. Esta via de entendimento é advogada por grande parte da doutrina, dentre as quais merece relevo o posicionamento de Ataliba (2009, p. 33) que afirma:

A Carta Política em vigor, em seu art. 37, constitucionalizou a moralidade, cognada com a publicidade dos atos e decisões administrativos. Esta, a publicidade, é mero corolário daquela. Sem a obrigatoriedade da publicação daquilo que realiza a Administração, seriam em balde, não só a juridicização da moralidade, elevada, agora, à condição de princípio constitucional, como inúmeras outras providências e um verdadeiro instrumental de natureza processual postos à disposição da sociedade, a que a Constituição Federal erige em fiscal da atividade administrativa.

A publicidade sempre deve efetivar a divulgação dos atos da Administração, pois somente com o conhecimento das ações desta será possível aos administrados, quando necessário, tomar as decisões pertinentes a cada situação, não mais sendo utilizados aqueles mecanismos aprimorados no estado de exceção quando a Administração por muito vedou acesso a registros e tomou inúmeras decisões sem que os administrados tivessem qualquer conhecimento.

É refutando aquele modelo de utilização do “segredo”, que Medaur (2008, p. 49) oferece o seguinte raciocínio:

...Inexistem, assim, decisões administrativas implícitas ou secretas, ou, ainda, evadidas de omissões ou incompletudes que lhes tornem incompreensíveis, em seu conteúdo, à coletividade. Se o objetivo maior da publicidade é o de levar ao conhecimento de todos os cidadãos o que se realiza no âmbito dos órgãos administrativos, cujas atividades, de modo geral, devem se revestir da mais límpida transparência, publicar-se uma decisão ou um ato administrativo sem um mínimo de justificação que possibilite à compreensão, pelo vulgo, de seu conteúdo, e pelos que encarnam, por determinação legal, a sua conformidade com a lei, equivale a não publicar. Essa é, assim, na prática diuturna de alguns setores, uma forma de burlar o princípio constitucional, escondendo dos cidadãos, de modo geral, o verdadeiro conteúdo do ato ou da decisão e, quiçá, os seus próprios objetivos. Estão, pois, submetidos ao princípio da publicidade, como condição de validade, atos e decisões de qualquer natureza: os contratos administrativos, os atos gerais e individuais, de gestão, vinculados ou discricionários, normativos, de provimento e desprovimento de cargos, licitatórios, punitivos, portarias, avisos, circulares, instruções, dentre outros, além das decisões, sejam elas proferidas em processos punitivos, sejam em requerimentos ou procedimentos concessórios ou denegatórios de vantagens financeiras ou de quaisquer benefícios. A publicação atinge os atos concluídos ou em formação, pareceres, atas de julgamento, balanços etc. A publicidade é requisito de eficácia e moralidade e não de forma. Por

esta razão, enfatizam os juristas, os atos irregulares não se convalidam com a publicação, nem os regulares a dispensam para sua exequibilidade e eficácia.

Em pleno resumo do tópico analisado, é possível se dizer que a publicidade se reveste como imperativo categórico de natureza constitucional que assegura aos cidadãos o acesso necessário às informações ligadas aos entes públicos, e quando a Carta Magna proferiu da obrigação da Administração em fornecer as informações necessárias aos administrados (ressalvando aquelas previstas em lei), falou que por meio da publicidade administrativa haveria como alcançar-se a eficiência dos atos administrativos, em razão de que por meio do princípio da publicidade serão combatidos os atos que ferem a legalidade e moralidade administrativa.

3.5 Princípio da eficiência

O princípio da eficiência aparece no cenário legislativo a partir da Emenda Constitucional nº 19/98, a qual estabeleceu no plano constitucional as regras relativas à reforma do Estado, de modo que o artigo 37 tivera acréscimo em seu *caput*, sendo inserido o denominado princípio da eficiência, que busca refletir a “qualidade do serviço prestado” (MORAES, 2010, p. 781).

O citado princípio, em sua essência, buscou de logo estabelecer regras mínimas a serem seguidas pelo Estado no sentido de que o usuário do serviço público possua mecanismos capazes de auferir a eficiência dos serviços prestados pela Administração.

Nas palavras de Carvalho Filho (2013, p. 31), o aludido princípio reveste-se em um direito dos usuários:

O Governo conferiu direitos aos usuários dos diversos serviços prestados pela Administração ou por seus delegados e estabelecer obrigações efetivas aos prestadores. Não é difícil perceber que a inserção desse princípio revela o descontentamento da sociedade diante de sua antiga impotência para lutar contra a deficiente prestação de tantos serviços públicos, que incontáveis prejuízos já causou aos usuários. De fato, sendo tais serviços prestados pelo Estado ou por delegados seus, sempre ficaram inacessíveis para os usuários os meios efetivos para assegurar seus direitos.

Com efeito, ainda que se tenha a impressão de uma redundância principiológica, já que não se pode pensar os serviços prestados pela Administração

Pública e seus delegados, sem que haja a vontade expressa da eficiência de seus serviços, tal princípio aparece no cenário legislativo como uma espécie de mecanismo inovador que tende a combater a ineficiência de determinados serviços prestados pela Administração e, por isso, sanar as irregularidades perpetradas pelo Poder Público.

Para Moraes (2010, p. 331), o princípio da eficiência pode ser delineado como aquele em que:

A atividade estatal produz de modo direto ou indireto consequências jurídicas que instituem, reciprocamente, direito ou prerrogativa, deveres ou obrigações para a população, traduzindo uma relação jurídica entre a Administração e os administrados. Portanto, existirão direitos e obrigações recíprocos entre Estado-administração e o indivíduo-administrado e, conseqüentemente, esse, no exercício de seus direitos subjetivos, poderá exigir da Administração Pública o cumprimento de suas obrigações da forma mais eficiente possível. [...] O administrador público precisa ser eficiente, ou seja, deve ser aquele que produz o efeito desejado, que dá bom resultado, exercendo suas atividades sob o manto da igualdade de todos perante a lei, velando pela objetividade e imparcialidade.

Por certo, não se pode olvidar que ainda intrínseco nos princípios constitucionais-administrativos, a expressividade do referido princípio da eficiência perfaz, agora, com que o Administrador (a Administração Pública) como um todo não se sinta como no Estado francês pré-revolução, onde o primeiro estado não possuía deveres sociais, apenas os demais estados lhe tinham deveres.

O legislador constitucional, ao demonstrar necessidade de tornar expresso tal mandamento, o fez de forma a dizer que a Administração Pública não pode sobreviver se ela deixar de ser eficiente para os administrados, sendo necessário o seu mais correto funcionar.

Necessário dizer que o princípio da moralidade administrativa é base para que a Administração alcance a pleiteada eficiência, pois se o administrador-público pautar suas atitudes pelas normas estatuídas pela moral e pela ética administrativas, por certo terá maior plausibilidade de efetivar uma administração eficiente.

Conceituando o princípio da eficiência, Lopes (2011, p. 59) afirma que se trata de princípio não oriundo da Administração Pública, mas sim sua finalidade.

Verbis:

Inicialmente cabe referir que a *eficiência*, ao contrário do que são capazes de supor os procederes do Poder Executivo Federal, jamais será princípio da Administração Pública, mas sempre terá sido - salvo se deixou de ser em recente gestão pública - *finalidade* da mesma Administração. Nada é *eficiente* por princípio, mas por consequência, e não será razoável imaginar

que a Administração, simplesmente para atender a lei, será doravante eficiente, se persistir a miserável remuneração de grande contingente de seus membros, se as injunções políticas, o nepotismo desavergonhado e a entrega de funções do alto escalão a pessoas inescrupulosas ou de manifesta incompetência não tiver um paradeiro.

Da leitura expressa, é possível conceber-se que o citado autor que, em sua visão doutrinária, não concebe a eficiência como princípio da Administração Pública, em razão de dizer que a eficiência é finalidade-mor da Administração Pública, e que a simplicidade de tornar-se a eficiência como base principiológica da Administração, não a tornará necessariamente eficiente apenas pela normalização de tal princípio. Demais, a eficiência – ainda seguindo a visão do autor – somente poderá ser alcançada se a Administração como um todo dispuser dos mecanismos necessários para a sua mais correta execução.

Lopes (2011) em suas entrelinhas diz que a Administração Pública ainda que se queira eficiente e não tiver meios aplicáveis para o exercício de uma moral administrativa - salvo severas exceções - não alcançará a pleiteada eficiência. De outra sorte, se existe nos átrios da Administração a visão de necessária moralidade administrativa, então esta administração tenderá a eleger-se como uma administração eficiente.

O posicionamento exarado por Lopes (2011) é corroborado por Melo (2012, p. 44, grifo nosso) quando se manifesta na seguinte senda:

...Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que burilam no texto. De toda sorte, o fato é que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais suma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. Finalmente, anote-se que este princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da 'boa administração'.

Pela leitura, tem-se que o princípio da eficiência – nesta visão – é um dever da Administração, e por isso sempre fez parte da essência da Administração Pública, bastando ao administrador pautar-se na busca do efetivo devolver das respostas administrativas aguardada pelos administrados.

A Constituição Federal de 1988 não se limitou ao artigo 37 para estabelecer os princípios que deverão capitanear a Administração Pública, por isso o legislador originário disse de outros princípios que estão inseridos no bojo da *Lex*

Fundamentalis, em formas expressas e, por vezes, em implícitas, tudo como forma de fazer com que a Administração Pública siga o caminho da probidade, daí a necessidade de tecer-se breves considerações sobre mapeados princípios inseridos no bojo constitucional.

4 PRINCÍPIOS INERENTES AO PROCESSO LICITATÓRIO

Neste tópico, serão tratados os princípios que regem diretamente o processo licitatório, de forma que compõem um núcleo necessário de posicionamentos que convergem para a mais ampla aplicabilidade da isonomia e moralidade da Administração Pública.

4.1 Princípio da isonomia

Isonomia significa igualdade, tratamento igual para todos os que estejam numa mesma situação jurídica. O princípio da isonomia, normativamente falando, encontra seu principal alicerce no inciso XXI do artigo 5º da Constituição Federal, o qual determina que “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...”.

Por este princípio, a Administração deve proporcionar a todos os interessados direitos iguais na participação de qualquer licitação, evitando a criação de condições que ensejem preferência em favor de determinado licitante ou que prejudiquem ou impossibilitem a participação de outros.

A Lei nº 8.666/93 expressa em vários tópicos essa determinação, como no art. 3º inciso I, § 1º, que dispõe que “é vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo”.

A competição entre os interessados em contratar com a Administração é a essência da licitação, é só proporcionando igualdade de condições entre os proponentes será possível obter a melhor proposta.

Nas licitações públicas a preferência só poderá ser exigida como critério de desempate, após competição em igualdade de condições, sucessivamente: aos bens e serviços produzidos no país; produzidos ou prestados por empresas brasileiras; produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no país, nos termos do § 2º do inciso II, do art. 3º da lei geral de licitações. Importante observar que o tratamento igual a ser dispensado

aos interessados em apresentar proposta não pode ser considerado de forma absoluta em alguns casos.

O interessado tem que preencher os requisitos que o torne apto a participar de algum certame licitatório, estes previstos no art. 27 da Lei das Licitações, que tratam de: I - habilitação jurídica; II - qualificação técnica; III - qualificação econômico-financeira; IV – regularidade fiscal e trabalhista; e V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Em um contraponto ao princípio da isonomia, foi criada a lei complementar nº 123/2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte) que veio a estabelecer critérios diferenciados de desempate em benefícios das Microempresas (ME) e das Empresas de Pequeno Porte (EPP).

Por este estatuto, considerar-se-á empate, nas licitações do tipo menor preço, a situação em que a proposta de uma ME ou uma EPP forem iguais ou superiores em até 10% à proposta mais bem classificada.

4.2 Princípio da seleção da proposta mais vantajosa

Quando se fala em proposta mais vantajosa, observa-se a normalização prevista no artigo 3º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/1993), onde está explícita a necessidade da isonomia processual em acordo com a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Segundo explica Justen Filho (2014, p. 65);

A licitação envolve a prática de uma série ordenada de atos jurídicos (procedimento) que permita aos particulares interessados apresentarem-se perante a Administração, competindo entre si, em condições de igualdade. O ideal vislumbrado pelo legislador é, por via da licitação, conduzir a Administração a realizar o melhor contrato possível: obter a maior qualidade etc.

Com efeito, uma proposta mais vantajosa é aquela em que está presente a caracterização de adequação e satisfação do interesse coletivo por via da execução do contrato, onde estarão convencionados pela prestação vinculada à Administração e outra à prestação relacionada com o particular.

Observe-se o que diz a jurisprudência:

Reexame necessário. mandado de segurança. licitação e contrato administrativo. violação aos princípios da isonomia, da seleção da proposta mais vantajosa e da competitividade do certame. Ordem concedida.

Sentença confirmada (AÇÃO Nº 70053967501, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: CARLOS ROBERTO LOFEGO CANIBAL, JULGADO EM 20/11/2013).

Leia-se que a decisão chama a atenção para que seja observada, sob pena de nulidade, o princípio da vantajosidade, o qual apesar de não estar explicitamente asseverado na Carta Política de 1988, está implícito no artigo 37 da Norma Constitucional quando fala da igualdade e moralidade administrativa. Apenas para confirmar o já explicitado, traz-se o *decisium* que tem origem no Tribunal do Rio Grande do Sul (TJRS), onde se manifestou aquela corte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÕES. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. EDITAL. IMPUGNAÇÃO. PRESENÇA DOS REQUISITOS. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DO RECEBIMENTO DE **PROPOSTA MAIS VANTAJOSA** PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APROVEITAMENTO DE PESSOAL DA EMPRESA QUE ATUALMENTE PRESTA OS SERVIÇOS LICITADOS. Procedente a alegação da recorrente no sentido de que a previsão constante do edital viola o princípio da igualdade, um dos norteadores das licitações públicas, conforme a redação do caput do art. 3º da Lei 6.888/93, assim como a possibilidade de a Administração Pública receber **propostas** mais **vantajosas**. O aproveitamento de pessoal influencia no resultado final. Além disso, afeta diretamente o recebimento de **propostas** mais **vantajosas** pela Administração Pública. A manutenção do quadro de funcionários inviabiliza que qualquer processo mais efetivo de aproveitamento da mão-de-obra, e redução de custos, conseqüentemente, seja implantado. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO, DE PLANO. (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70057248668, VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: MARILENE BONZANINI, JULGADO EM 27/02/2014, GRIFOS DO AUTOR).

Assim, o Estado tem como dever o atributo de contratar e realizar a melhor contratação sob o ponto de vista da economicidade, ou seja, a vantajosidade está ligada diretamente a binômio custo-benefício, o qual por certo converge para a aplicabilidade da economicidade, entendendo-se como tal o resultado da comparação entre encargos assumidos pelo Estado e direitos a ele atribuídos, em virtude da contratação administrativa. Lembrando-se que ao se falar em vantagem para o Estado, necessariamente não se fala apenas da questão financeira, muito ao contrário, a economicidade estatal demanda o recebimento de prestações satisfatórias e de qualidade adequada pelo contratado em preço justo.

4.3 Princípio da probidade administrativa

É de consenso doutrinário que a Administração Pública deva buscar – sempre – a boa gestão, de forma que ao efetivar uma boa gestão, termina a

Administração por consagrar em si os princípios elencados no artigo 37 da Constituição, já que a probidade administrativa deve ser regida por posicionamentos legais, éticos, impessoais e transparentes, de forma a dar ao ato em si, o caráter adequado à questão, razoável e eficiente na busca de obter o resultado mais próximo do interesse público. Sem o princípio da boa gestão administrativa, a eficiência da Administração ficará comprometida, pois ao afastar-se da essência de uma boa gestão, o Administrador termina percorrendo caminhos diversos o da moralidade administrativa, essência da improbidade administrativa.

Dizer que o agente público não deve ser somente honesto, mas deve demonstrar a sua honestidade é princípio encontrado em todos os *modus* de Administração Pública, em razão de que não se pode conceber que o agente público haja de forma desonesta, maculada ou sem a devida honradez necessária para a função que está a exercer, e se assim ocorrer ter-se-á a presença da improbidade administrativa, pela qual se faz presente a má-fé, espelhada numa espécie de conduta desonesta e o desvirtua a função pública.

Neste sentir, qualquer gestão pública que se faça fora dos padrões da moralidade administrativa estará maculada pela improbidade administrativa, mal que deve ser combatido em todos os âmbitos administrativo-públicos sob pena de a cada momento que se permitir tais atitudes, estarmos a exemplificar para os administrados que o correto direcionar da humanidade é de burlar a ética e a moral.

4.4 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

O edital é a lei da licitação e todos os procedimentos e condições que deverão direcionar os atos, tanto da Administração como dos participantes do certame deverão estar claramente previstos nele.

É no edital que estarão relacionadas todas as condições de participação dos interessados, desde a habilitação (apresentação de documentos que comprovem a capacidade técnica, financeira e jurídica) até o final do futuro contrato que se pretenda com a licitação.

A Lei nº 8.666/1993 prevê expressamente a vinculação ao instrumento convocatório como princípio (no *caput* do art. 3º, além de no art. 41), o qual direciona a Administração no sentido de não poder descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada, e também no inciso V do art. 43, onde

estipula que o julgamento e classificação das propostas deverão ser de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital.

Deverão ser estabelecidas então no edital ou carta convite todas as condições de participação e as cláusulas do futuro contrato, e os interessados deverão apresentar suas propostas de acordo com essas condições.

Sobre vinculação ao instrumento convocatório, Di Pietro (2011, p. 367) afirma que:

[...] Se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se prendeu aos termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que os desrespeitou.

Em suma, este princípio obriga tanto a Administração como os licitantes a obedecerem estritamente ao estabelecido previamente no edital.

4.5 Princípio do julgamento objetivo

O julgamento objetivo é consequência direta do princípio da legalidade e também do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, pois significa que o critério de seleção deverá ser o estabelecido no edital, que, por sua vez, deverá ser elaborado conforme o estabelecido na lei.

Esse princípio imprime que o administrador, necessariamente, deve observar aos critérios objetivos que estão definidos no ato convocatório para o devido julgamento das propostas, afastando assim possibilidades do julgador utilizar critérios de caráter subjetivos ou não previstos no ato convocatório.

Para Justem Filho (2014, p. 48), o referido princípio em termos amplos tem o significado de imparcialidade e finalidade, posto que:

O julgamento objetivo exclui a parcialidade [toma de posição segundo o ponto de vista de uma parte]. Mas isso é insuficiente. Além da imparcialidade, o julgamento tem de ser formulado à luz do interesse público. O interesse público não autoriza, contudo, ignorarem-se as disposições norteadoras do ato convocatório e da Lei. Não se admite que, a pretexto de selecionar a melhor proposta, sejam amesquinhasadas as garantias e os interesses dos licitantes e ignorado o disposto no ato convocatório.

Claramente pode-se afirmar que o julgamento objetivo ocorre de forma encandeada por graus de importância (exigibilidade de imparcialidade, interesse

público, fixação ao ato convocatório e disposição em lei). Daí, possível concluir que o princípio do julgamento objetivo “[...] almeja, como é evidente, impedir que a licitação seja decidida com o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora”. Portanto, tal princípio deve ser considerado inafastável do procedimento licitatório, todavia podendo ocorrer modulações nos graus de objetividades, conforme os tipos licitatórios previstos no art. 45 da Lei nº 8.666/93.

5 MODALIDADES E PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS

Em conformidade com o valor estimado e características essenciais do objeto licitado, as licitações são classificadas em diferentes modalidades, previstas no art. 22 da Lei das Licitações, o qual relaciona as modalidades tradicionais, e na Lei nº 10.520/2002, que estabeleceu e regulou a licitação na modalidade Pregão.

Segundo o art. 22 da Lei nº 8.666/93 são modalidades de licitação:

- a) Concorrência - modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto;
- b) Tomada de Preços - modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação;
- c) Convite - modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas;
- d) Concurso - modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias;
- e) Leilão - modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

Para determinar a modalidade a ser empregada, deverá o administrador utilizar os critérios relacionados no art. 23, da citada norma, *verbis*:

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:

I - para obras e serviços de engenharia:

- a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);
- b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);
- c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

- a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);
- b) tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);
- c) concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

Apesar de o § 8º do art. 22, expressamente, dispor que é proibida a criação de outras modalidades de licitação ou mesmo a combinação das referidas, a Lei nº 10.520/2002 – resultante das Medidas Provisórias nºs 2.026 e 2.181 - estabeleceu a modalidade de licitação denominada Pregão.

O pregão causou uma reviravolta nos procedimentos licitatórios, pois trouxe grandes mudanças em relação aos passos das licitações tradicionais, notadamente a inversão de fases e a possibilidades dos licitantes apresentarem lances com menores preços, logo os valores apresentados pelos concorrentes.

Nas licitações reguladas pela Lei nº 8.666/93, a primeira fase constitui-se da habilitação, e somente após a análise dos documentos de todos os participantes e verificadas as condições de participação, serão abertos os envelopes com os preços, que por sua vez não poderão ser alterados. Em se tratando do pregão, a primeira fase é a apresentação da proposta de preços, seguida pela fase de lances, onde ocorre competição entre os participantes, visando à apresentação do menor preço. Após a definição do vencedor passa-se a analisar os documentos necessários à habilitação deste, só havendo necessidade de solicitar a documentação do segundo colocado em caso de inabilitação do primeiro, e assim sucessivamente.

Necessário lembrar-se que da existência de ordem constitucional que diz ser necessário processo licitatório para a contratação de obras, serviços, compras e alienações. A licitação prévia é então a regra a ser seguida pela Administração Pública sempre que for preciso realizar uma contratação. No entanto a própria Lei nº 8.666/93 já prevê casos em que a Administração poderá deixar de realizar o procedimento da licitação.

O legislador infraconstitucional, tendo por base o permissivo constitucional, expressou na Lei nº 8.666/93 as hipóteses ensejadoras da não obrigatoriedade de licitar. Não obstante a regra seja a realização do certame, o legislador, atento á realidade prática, entendeu por bem em determinadas hipóteses conferir maior importância a outros princípios, igualmente tutelados pelo ordenamento, conforme anteriormente já comentado.

Justen Filho (2014) lembra que a lei anterior distinguia três situações distintas de contratações diretas: a vedação, a dispensa e a inexigibilidade de licitação. Com o advento da Lei nº. 8.666/93, foi eliminada a “vedação” de licitação, passando a hipótese a ser prevista no rol da dispensa (inc. IX).

A referida lei, portanto, passou a prever hipóteses em que a Administração, desde que preenchidos alguns requisitos essenciais, possa dispensar ou até mesmo considerar inexigível a licitação. “Os artigos 17, 24 e 25 estabelecem os casos em que a licitação é dispensada, dispensável ou inexigível, respectivamente” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 214).

Embora tratadas com nomenclaturas diferentes, alguns doutrinadores afirmam não haver distinção entre licitação dispensada e dispensável. Entendendo dessa forma, Justen Filho (2014, p. 233) ensina que:

[...] Em ambos os casos, o legislador autoriza contratação direta.. Essa autorização legislativa não é vinculante para o administrador. Ou seja, cabe ao administrador escolher entre realizar ou não a licitação. Essa competência administrativa existe não apenas nos casos do art. 24. Aliás, e se não fosse assim, o art. 17 conteria hipóteses de *vedação* de licitação. Significa reconhecer que é perfeitamente possível realizar licitação nas hipóteses do art. 17, desde que o administrador repute presentes os requisitos para tanto.

Para o autor, nada impediria que as regras do art. 17 fossem incisos do art. 24, já que a natureza jurídica da dispensa prevista no art. 17 não é distinta daquela contida no art. 24.

Por outro lado, existem aqueles que entendam que, no art. 17, estariam os casos onde a licitação foi dispensada pelo próprio legislador, tendo o administrador o dever de cumpri-la compulsoriamente. Já o art. 24 traz a autorização de dispensa por parte do legislador, cabendo àquele decidir sobre o seu emprego ou não.

Corroborando com esse raciocínio, Meirelles (2012, p. 279-280) diz que licitação dispensada:

É aquela que a própria lei declarou-a como tal (art. 17, I e II, com as alterações introduzidas pela MP 335, de 23.12.2006, e art. 2º, §1º, III, da Lei dos Consórcios Públicos – Lei 11.107/2005). Já a licitação dispensável é toda aquela que a Administração pode dispensar se assim lhe convier.

Apenas como forma de diferenciar os posicionamentos doutrinários, merece relevo a explicação de Fernandes (2011, p. 191), para quem:

[...] A principal distinção entre licitação dispensada, tratada no art. 17, e as dispensas de licitação, estabelecidas no art. 24, repousa no sujeito ativo que promove a alienação, figurando no primeiro caso a Administração, no interesse de ceder parte do seu patrimônio, vender bens ou prestar serviços e, nos casos do art. 24, a situação é oposta, estando a Administração, como regra, na condição de compradora ou tomadora dos serviços. [...] Outro aspecto distintivo entre licitação dispensada e dispensável é o fato de que, em princípio, na primeira não é necessário observar as formalidades do art. 26 da Lei nº 8.666/93, significando, com isso, simplificação. Assim,

conquanto esse artigo seja bom orientador para salvaguardar o gestor, não é obrigatório seu pontual acatamento, exceto em se tratando de licitação dispensada, regulada pelos §§ 2º e 4º do art. 17. Na dispensa de licitação, ao contrário, com a ressalva dos incisos I e II do art. 24, é sempre obrigatório acatar as formalidades instituídas no art. 26 da Lei de Licitações.

Uma questão relevante que se impõe neste ponto diz respeito ao fato da Administração poder ou dever fazer licitação quando a lei estabelece que o caso é de dispensa ou de licitação dispensada.

Como verificado, a licitação não é o único meio de garantir a observância dos princípios da moralidade e impessoalidade administrativas. Em alguns casos, o administrador, autorizado pela lei, entende que a satisfação do interesse público será realizada através do atendimento de outros princípios tutelados pela Constituição Federal.

O que não se admite é que o gestor público proceda à contratação direta, com ofensa aos princípios da impessoalidade e da isonomia, sem que haja uma motivação plausível para o ato, posto que consoante o art. 26 da Lei de Licitações, é imprescindível que o agente público justifique a escolha do fornecedor ou executante, além de demonstrar cabalmente que a situação se enquadra em todos os requisitos do inciso que fundamenta a dispensa ou inexigibilidade.

Conforme diz Fernandes (2011, p. 194), a Administração:

[...] estará obrigada a promover a licitação quando o critério de escolha do fornecedor ou executante não puder ser demonstrado sem ofensa ao princípio da moralidade e da impessoalidade. É esse estreito limite que paira entre o atendimento de todos os requisitos estabelecidos em cada uma das hipóteses de dispensa e a prevalência do dever de licitar.

Portanto, nos casos de licitação dispensada ou dispensável, embora a competição seja viável, a Administração pode não promovê-la, desde que preenchidos os requisitos essenciais. Segundo Justen Filho (2014, p. 177-178), a Administração, teoricamente, poderia promover a licitação, mas não a faz “porque, diante das circunstâncias, a lei reputa que a licitação poderia conduzir à seleção de solução que não seria a melhor, tendo em vista circunstâncias peculiares”.

Outra distinção importante diz respeito à dispensa e inexigibilidade de licitação. Esta está regulada no art. 25 da lei em comento e difere da dispensa por tratar de casos em que a disputa é inviável em razão da natureza específica do negócio, tendo em vista os objetivos visados pela Administração, o que torna impossível a competição entre eventuais interessados, pois não se pode pretender

melhor proposta quando apenas um é proprietário do bem almejado pelo Poder Público ou reconhecidamente capaz de atender às exigências da Administração concernente à realização do objeto do contrato.

As questões relatadas independem da vontade do legislador. Logo, a inexigibilidade deriva da natureza das coisas, enquanto a dispensa é produto da vontade legislativa. Com isso, as suas hipóteses legais são meramente exemplificativas, enquanto na dispensa são exaustivas.

Na tentativa de diferenciar dispensa e inexigibilidade, pode-se afirmar que a dispensa pressupõe uma licitação “exigível” e considera-se “inexigível” a licitação quando a disputa for inviável. Havendo viabilidade de disputa, a licitação é obrigatória, excetuando-se os casos de dispensa previstos em lei. Finalizando, “a inexigibilidade é uma imposição da realidade extra-normativa, enquanto a dispensa é uma criação legislativa” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 278).

Assim, a inexigibilidade de licitação se dará onde não houver possibilidade de competição, uma vez que o objeto desejado, se traduz em espécie de particularidade pessoal daquele que a Administração pretende contratar, sendo mesmo uma característica, por vezes, única.

5.1 Tipos de licitação

Dentre os tipos de licitação previsto na legislação, tem-se como principais: menor preço, melhor técnica e, melhor preço e técnica.

Quando se fala em licitação por melhor preço, diz-se daquele tipo em que a essência licitatória reside no menor preço, até mesmo dizendo alguns doutrinadores (JUSTEM FILHO, 2014), que este menor preço pode chegar a preço negativo, ou seja, não é raridade que algumas organizações aceitem valores menores que os viáveis para a consecução da entrega do bem ou do serviço em razão de estarem pleiteando outros lucros, como por exemplo, a vinculação da imagem ou marca à Administração Pública.

Todavia, é dever dizer que quando ao falar-se em menor preço, este preço deve englobar além do valor real, posto que estarão fazendo parte do menor outros fatores intrínsecos como os rendimentos e a forma de pagamento. Mello (2011, p. 90) explicando melhor o tipo licitatório do menor preço, afirma que:

O julgamento pelo menor preço o critério de seleção da proposta mais vantajosa é, como o nome indica, o da oferta menor (art. 45, par. 1º, I). Cumpre tomar atenção para o fato de que nem sempre o preço nominalmente mais baixo é o menor preço. Com efeito, uma vez que a lei, em diferentes passagens (art. 43, V, art. 44, caput, e art. 45), refere-se a 'critério de avaliação', a 'fatores' interferentes com ela, de dar par com os 'tipos' de licitação, percebe-se que, paralelamente a estes, complementados-lhes a aplicação, podem ser previstos no edital critérios e fatores a serem sopesados para a avaliação das propostas.

Com clareza explica Mello (2011) que o julgamento pelo menor preço não se encontra atrelado apenas ao valor monetário em si, mas a toda conjuntura que envolve a proposta.

Um segundo tipo de licitação é aquele denominado de melhor técnica. Nesse tipo licitatório o que vale são os parâmetros técnicos previstos na licitação. Nele a Administração Pública deverá apresentar detalhadamente os preceitos necessários para a aplicabilidade do bem ou serviço, o que não pode ser entendido como desvinculado do preço. Assim, na licitação por melhor técnica, também, se fará presente a questão dos valores. É essa a explicação trazida por Meirreles (2012, p. 498, grifos do autor):

Na licitação de melhor técnica o que a Administração pretende é a obra, o serviço, o equipamento ou o material mais eficiente, mais durável, mais

aperfeiçoado, mais rápido, mais rentável, mais adequado, enfim, aos objetivos de determinado empreendimento ou programa administrativo. Em face desses objetivos, é lícito a Administração dar prevalência a outros fatores sobre o preço, porque nem sempre pode obter a *melhor técnica*, dentro das especificações e *do preço* negociado pela Administração.

Conforme explicado, ainda que o objeto central da licitação por melhor técnica seja a qualidade do bem ou serviço prestado, nem sempre a Administração possuirá as devidas condições de arcar com os valores propostos, daí que intrínseco a este tipo de licitação, estará a questão dos valores.

O terceiro tipo de licitação que merece relevo para a pesquisa apresentada, é aquele denominado de “menor preço e técnica”. Trata-se de tipo licitatório que abrange os dois parâmetros básicos dos tipos licitatórios: preço e técnica.

No próprio edital licitatório estará assentado com clareza que se faz importante para aquela licitação o preço e a técnica, e será, também, atribuído o peso de cada um dos parâmetros, os quais serão objeto do julgamento.

Em conformidade com a leitura dos artigos 45, §4º, e 46 da Lei de Licitações, este tipo de licitação só poderá ocorrer quando o certame versar sobre a contratação de bens e serviços de informática e/ou de natureza intelectual.

Mello (2012, p. 55) explica com clareza o tipo licitatório:

Nas licitações de técnica e preço, as quais reguladas no par. 2º do art. 46, o critério de seleção da melhor proposta é o que resulta da média ponderada das notas atribuídas aos fatores técnica e preço, valorados na conformidade dos pesos e critérios estabelecidos no ato convocatório. Dele deverão constar, tal como na licitação de melhor técnica, critérios claros e objetivos para identificação de todos os fatores pertinentes que serão considerados para a avaliação da proposta técnica.

Nesta via de esclarecimento, torna-se fático dizer que o tipo licitatório é mais complexo do que os dois primeiros, trazendo a necessidade de média ponderada entre a técnica e o valor proposto, por isso estabelece a própria Lei de Licitações os casos em espécie que se deve utilizar o tipo.

6 CARACTERÍSTICAS DA MODALIDADE LICITATÓRIA PREGÃO

Em princípio se faz necessário dizer que a definição da modalidade licitatória pregão se encontra esculpida no interior do artigo 2da Lei nº 10.520/2002, *verbis*:

Pregão é a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme disposto em regulamento, qualquer que seja o valor estimado da contratação, na qual a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública [...].

De logo se pode observar que o pregão oferece a publicidade de seus atos, afirmando ainda o caráter essencial da citada modalidade que é a de isonomia entres os participantes por meio da disputa e celeridade da contratação.

O pregão é considerado a mais significativa mudança estabelecida no direito administrativo no âmbito das licitações, apresentando-se como modalidade licitatória direcionada para atender aos reclamos dos administradores públicos e da própria sociedade no que concerne à celeridade e a eficiência da prestação do serviço da Administração aos administrados.

6.1 A Lei nº 9.472/97

As observações traçadas sobre a Lei de Licitações permite dizer que o pregão não está inserido nas modalidades licitatórias previstas na citada norma. O seu surgir demanda a Lei Geral das Telecomunicações (Lei nº 9.472/97) (LGT), criadora da Agência Nacional das Telecomunicações (ANATEL).

Tendo, portanto, independência administrativa, a LGT cria em seus artigos 54 e seguintes, um regime próprio de contratações denominado de pregão como uma nova modalidade de licitação.

Observe-se a leitura da norma prevista na LGT:

Art. 54. A contratação de obras e serviços de engenharia civil está sujeita ao procedimento das licitações previsto em lei geral para a Administração Pública.

Parágrafo único. Para os casos não previstos no *caput*, a Agência poderá utilizar procedimentos próprios de contratação, nas modalidades de consulta e pregão.

.....

Art. 57. Nas seguintes hipóteses, o pregão será aberto a quaisquer interessados, independentemente de cadastramento, verificando-se a um só tempo, após a etapa competitiva, a qualificação subjetiva e a aceitabilidade da proposta:

.....

Assim, o pregão tende a viabilizar a celeridade do processo licitatório, fazendo com que ocorra uma eficiência naquela, conduzindo a Administração Pública para a eficácia de suas funções.

Nesse sentido a manifestação de Rek (2005, p. 2), quando expressamente afirma a viabilidade do pregão como forma licitatória de grande aplicabilidade para Administração Pública, garantindo-lhe celeridade e eficiência: “A modalidade licitatória Pregão Eletrônico, como estratégia governamental na ampliação de transparência, legalidade e economia, definitivamente atende aos anseios do administrador público probo”.

O pregão foi introduzido no âmbito da legislação brasileira por meio da Medida Provisória nº 2.026/2000 (em primeiro momento com abrangência apenas para a União), a qual mais tarde e após inúmeras reedições transformada na Lei nº 10.520/2002.

Com efeito, por meio do pregão, a disputa entre os que estão a licitar é efetivada de forma direta. Por isso, entende-se que tal modalidade se torna mais aconselhável para o correto aplicar da Administração posto a sua forma menos burocrática.

6.2 Princípios específicos da modalidade pregão

6.2.1 Eficiência

Já fora dito que o princípio da eficiência é o mais recente estatuído pela Constituição Federal 1988 no que tange à Administração Pública. Dele disse o legislador, por meio da Emenda Constitucional 19/1998, que a Administração deveria ser sempre orientada para a concretização material e efetiva de sua finalidade, de forma que a Administração Pública deve entregar ao administrado aquilo que se propôs fazer, sob pena de não fazendo, apresentar-se como ineficiente, modelo de administração que não interessa para a sociedade.

Como sabe-se é com advento da Lei nº 8.666/93 que passa-se a ter regras gerais para o processo licitatório, sendo possível dizer que para aquele momento a citada lei se fez avanço na busca da transparência contratual-administrativa. Porém, merece dizer-se que é com advento da Lei nº 10.520/2002 (após a EC 19/98), visa-se com clareza a busca da eficiência administrativa por meio de modalidade licitatória baseada em menor burocracia e isonomia das partes.

Por certo toda esta caracterização permite adjetivar o pregão como a modalidade mais célere no processo licitatório, posto que por meio dele tem-se a economia processual capaz de possibilitar à Administração Pública a aquisição de bens e serviços comuns de forma vantajosa e eficiente.

Moraes (2010, p. 449) ao tratar do princípio da eficiência no que concerne ao pregão, apresentou a seguinte posição:

Assim, princípio da eficiência é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social. Note-se que não se trata da consagração da tecnocracia, muito pelo contrário, o princípio da eficiência dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços sociais essenciais à população, visando a adoção de todos os meios legais e morais possíveis para satisfação do bem comum.

Neste ínterim, convém que sejam citadas as características mais relevantes desta modalidade licitatória, posto que de posse de tais atributos, poder-se-á objetivar a mais ampla compreensão do pregão como meio isonômico e direto de licitação:

- O pregão está limitado ao uso a compras e serviços comuns. Esta característica, por vezes, causa embaraços em determinar expressamente o que venha a ser compras e serviços comuns, sendo mais viável estabelecer-se diretamente o que não pode ser adquirido por esta modalidade licitatória;
- Existe a possibilidade de o licitante reduzir o valor da proposta durante o certame, presencial ou virtual;
- Inversão das fases de julgamento da habilitação e da proposta;
- Unificação da fase recursal, no pregão, apenas uma no final do processo licitatório (FERNANDES, 2011).

Assim, nota-se das características apresentadas que no pregão a Administração Pública tem o poder de ação mais célere, principalmente no que tange à questão dos limites de valores quanto ao objeto a ser licitado (bens e serviços comuns), o que irá redundar em eficiência na entrega do bem ou serviço contratado.

6.2.2 Celeridade

Ao tratar-se do princípio da celeridade estabelecido no âmbito do pregão, se faz necessário conceituar inicialmente o que venha a ser celeridade. Moraes (2010) entende por celeridade administrativa a busca de meios legais para atingir com menor espaço de tempo o objetivo que se propôs a Administração.

Assim, toda vez que a Administração Pública visa suprir suas necessidades e para tanto disponibiliza mecanismos que de forma eficiente reduzirão tempo para a execução final, ela estará buscando a celeridade. É nesse sentido que merece relevo afirmar que a Lei nº 10.520/02 possui como essência a simplificação do processo e dos procedimentos licitatórios, diferenciando-se, assim, daquelas modalidades que foram delineadas pela Lei nº 8.666/93, as quais apresentam excesso de formalidade.

Como forma de demonstrar-se que a citada modalidade licitatória possui em sua essência a busca da celeridade, colaciona-se a decisão Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDF):

Processo civil - Agravo de instrumento - Mandado de segurança – pregão. [...] a licitação é o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados que se sujeitam às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato. a exigência de determinadas características e especificações, bem como a escolha da modalidade pregão, por si só, não afrontam o princípio da legalidade e da isonomia, tendo em vista que todos os interessados estarão subordinados ao edital do certame. [...] 4. A LEI Nº 10.520 /2002, **ao instituir pregão como modalidade de licitação, pretendeu dar maior celeridade e eficiência à atividade administrativa no tocante às contratações de menor complexidade e deve ser utilizado em larga escala tendo em vista as vantagens decorrentes de seu célere e econômico procedimento** (PROCESSO AGV 12887MS2009.012687-5. REL. DES. VLADIMIR ABREU DA SILVA. 5ª T. JULGAMENTO 09/07/2009, GRIFO NOSSO).

Como explicitado na decisão, o pregão busca dar ao processo de licitação o aspecto célere ao mesmo tempo eficiente, e tal situação ocorre principalmente em

razão dos reclamos da sociedade na busca do recebimento de serviços com presteza e eficiência.

6.2.3 Finalidade

Quando se fala em princípio da finalidade, observa-se que é aquela determinação principiológica que exige do administrador a prática do ato na busca da finalidade pública, de forma que ao praticar determinado ato o administrador deverá sempre estar na busca da satisfação pública. Com efeito, o citado princípio impossibilita que a autoridade tome decisões por conveniência ou para atender a vontades outras que não sejam aquelas que a sociedade como um todo aguarda. De modo contrário ter-se-ia a configuração do abuso de poder. É neste sentido que se manifesta Meirelles (2012, p. 480) ao dizer que:

O desvio de finalidade ou de poder se verifica quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público. O desvio de finalidade [...] é, assim, a violação ideológica da lei, ou, por outras palavras, a violação moral da lei, colimando o administrador para fins não queridos pelo legislador; ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de um ato administrativo aparentemente legal.

Como possível concatenar da explanação de Meirelles (2012), ao administrador não resta a escolha de poder optar por via diferente daquela de seguir a finalidade do certame, se tal não ocorre, além da violação ao princípio da finalidade, ter-se-á rompimento com a legalidade, e sabe-se que à Administração Pública não fora dado ou caminho que aquela estatuído em lei.

6.2.4 Competitividade

O pregão, até mesmo por ser uma modalidade licitatória que viabiliza a celeridade do processo, tende a ser aguçador da competição entre os licitantes. Daí a abertura de envelopes-propostas antes da verificação dos documentos, além da possibilidade de disputa por lances verbais na modalidade presencial.

Conforme Fernandes (2011, p. 412), é possível conceituar o pregão como meio licitatório da seguinte forma:

Pregão é o procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública, garantindo a isonomia, seleciona fornecedor ou prestador de

serviço, visando à execução de objeto comum no mercado, permitindo aos licitantes, em sessão pública, reduzir o valor da proposta por meio de lances sucessivos.

Pela leitura do autor, a característica mais marcante do pregão reside na possibilidade de redução dos valores propostos, o que por certo o transforma em uma modalidade licitatória dinâmica, onde sempre ocorrerá a possibilidade de menor valor a ser ofertado, de forma a valorar a competição salutar para a Administração.

O Ministério Público Federal (MPF), ao tratar do pregão como meio licitatório que visa aguçar a competitividade, o fez de forma a dizer que se tratar de modalidade que incrementa a competitividade ao mesmo tempo em que cria uma ampliação participativa na licitação. *Verbis*:

É um aperfeiçoamento do regime de licitação para a Administração Pública. Esta nova modalidade possibilita o incremento da competitividade e a ampliação das oportunidades de participação nas licitações, contribuindo para o esforço de redução de despesas de acordo com as metas de ajuste fiscal. O pregão garante economias imediatas nas aquisições de bens e serviços, [...] essa modalidade permite ainda maior agilidade nas aquisições, ao desburocratizar os procedimentos para a habilitação e o cumprimento da sequência de etapas licitatórias (MPF, 2012, p. 55).

Claramente está que o pregão é meio desburocratizador de licitar, e tal situação ocorre em razão da competitividade estabelecida pela modalidade, o que permite possível com que a res pública seja devidamente administrada e atenda aos seus fins, a violação ao princípio da competitividade viola a isonomia das partes, fere os preceitos constitucionais previstos no artigo 37 da Constituição, em fim, desvia a conduta administrativa pelo abuso de poder.

6.3 Diferenciação do pregão das demais modalidades de licitação

6.3.1 Inversão de fases

Com o advento da modalidade pregão houve verdadeira mudança estrutural no *modus* de licitar. Se até então se seguia um modelo burocrático e moroso, com o pregão (por certo sofrendo influência dos resultados alcançados pela ANATEL) há uma quebra de paradigma. O que antes se fazia por meio de um cansativo observar documental para que os interessados fossem habilitados no certame, na presença do pregão dar-se apenas o credenciamento do licitante, e somente após a devida vitória do licitante é que ocorrerá a abertura do segundo

envelope. Assim no pregão a classificação dos preços é realizada antes da habilitação, eliminando a burocracia de ter-se que habilitar *a priori* todos os licitantes.

Castro (2012, p. 399) ao explicar esta característica do pregão (a inversão das fases procedimentais licitatórias), manifestou-se dizendo que as demais modalidades apresentam exaustiva burocracia:

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 nº 2.300/86 quanto a Lei nº 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.

Estas características do pregão, como fora dito, servem como meio de redução de despesas para com os certames em razão de que estabelece uma redução burocrática, fazendo com que os licitantes diminuam suas despesas na busca da participação, o que por certo irá revestir-se em diminuição de valores finais nos produtos (serviços ou bens).

No pregão, as propostas apresentadas por escrito são abertas e expostas aos licitantes, os quais poderão refazê-las na forma verbal, criando assim a possibilidade que novas propostas sejam apresentadas, e com isso a Administração Pública seja a grande vitoriosa em valores e legalidades, posto funcionar na modalidade menor preço.

Broboski e Almeida (2008) citados por Pazzaglini Filho (2013, p. 49), ao tratarem da diferença do pregão em relação às demais modalidades de licitação, disseram:

Em suma, o que diferencia o Pregão das modalidades tradicionais previstas da Lei nº 8.666/93, além da desburocratização com os procedimentos simplificados, é a agilidade nas compras, transparência, âmbito de aplicação de participação e a forma de disputa entre os licitantes. A aplicação dessa nova modalidade, além de economizar tempo e custo, trouxe benefícios significativos para Administração Pública, com a otimização dos resultados, celeridade nos procedimentos, economia e eficiência à luz do interesse público. As regras do Pregão, portanto, são inovadoras e simples, onde se compra o melhor pelo menor preço. O Pregão, portanto, foi introduzido no âmbito da Administração Pública Brasileira com o objetivo de aperfeiçoar o regime das licitações públicas. Configurá-lo como modalidade licitatória, significa adotar um procedimento para ação da proposta mais vantajosa, e ainda, mais evoluída do que os procedimentos instituídos pela Lei nº 8.666/93.

Do citado, é possível dizer que o pregão é o meio mais viável e concreto para o breve alcance das metas pleiteadas pela Administração Pública, e por que não dizer dos administrados, pois ao alcançar-se um alto nível de transparência dos atos administrativos, por certo ter-se-á a convergência para a aplicabilidade da consumação da compra de bens e serviços na forma de eficiência.

6.3.2 O que pode ser licitado

Camarão et al. (2010, p. 441) ao tratarem do pregão como nova modalidade de licitação, apresentam o seguinte posicionamento:

O pregão é a nova modalidade de licitação destinada à aquisição de bens e serviços comuns e é caracterizada pela inversão das fases do procedimento e apresentação de lances [...] Viabilizando o aumento da competitividade e a ampliação das oportunidades de participação nas licitações [...].

Neste sentir, ao tratar-se de pregão como modalidade licitatória deve-se entender que esta modalidade está ligada diretamente à questão dos bens e serviços comuns, os quais podem ser conceituados como aqueles os quais sua identificação e contratação não demandam intensas dificuldades a serem observadas. Princípio este que está normalizado no artigo art. 1º, §1º, da Lei nº 10.520/02, a qual diz que bens e serviços comuns são “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais do mercado”.

Ainda como forma de tornar clarividente o que pode ser licitado por meio do pregão, leia-se o entendimento apresentado pelo Tribunal de Contas da União (TCU, 2010):

Bens e serviços comuns são produtos cuja escolha pode ser feita tão-somente com base nos preços ofertados, haja vista serem comparáveis entre si e não necessitarem de avaliação minuciosa. São encontráveis facilmente no mercado. [...] 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.

Vale ressaltar, quanto a questão, que muita polêmica tem surgido sobre o que seriam bens e serviços comuns, posto que é dever do ato licitatório o estipular do objeto do procedimento, utilizando o normalizado no artigo 40 da Lei nº 8.666/93.

Justen Filho (2014, p. 492), busca definir o que venha a ser o denominado de bem e serviços comuns, e o faz afirmando que:

Todo e qualquer objeto licitado tem que ser descrito objetivamente, por ocasião da elaboração do ato convocatório da licitação. Mesmo quando se licitar um bem ou serviço 'incomum', especial, singular, haverá a necessidade (e a possibilidade) de fixação de critérios objetivos de avaliação. Ou seja, o que identifica um bem ou serviço 'comum' não é a existência de critérios objetivos de avaliação. Quando muito, poderia afirmar-se que um bem ou serviço comum pode ser descrito mais fácil e completamente através de critérios objetivos do que os que não o sejam.

Apesar de um rol de explicações sobre o que se pode licitar via pregão, ainda existe insistente debate sobre a questão. A lei, por certo, não teria como estabelecer rol taxativo de bens e serviços de natureza comum, mas poderia dizer como rol exemplificativo e desta forma tornaria a compreensão sobre o tema mais acessível.

6.3.3. Vantagens: celeridade e eficiência

De tudo que foi dito sobre a legislação, princípios, características e demais atributos que formam a modalidade licitatória do pregão, tem-se que ela demanda imensurável vantagem para a Administração Pública em relação às demais formas de licitar previstas na Lei das Licitações.

Ao apresentar-se como modalidade licitatória propositora da competitividade por meio da inversão das fases licitatórias e concentração de seus atos, tem-se com clareza que o pregão visa de pronto a celeridade licitatória, onde a apresentação dos lances asseguram a isonomia dos licitantes ao mesmo tempo em que perfazem a desburocratização da licitação. O que por certo termina por convergir para a eficiência administrativa.

6.3.4 Pregão presencial

A primeira modalidade de pregão que se deve tratar é o denominado de pregão comum ou presencial, sendo este regulado pelo Decreto nº 3.555/00, e posteriormente alterado pelo Decreto nº 3.784/01.

O pregão, de certa forma, quando de sua fase preliminar é comparável às demais modalidades de licitação, tendo como diferencial a sessão. A preparação do

pregão deve apresentar explicitamente a necessidade que tem a Administração Pública de adquirir produtos ou serviços comuns, ou ainda a intenção de proceder ao sistema de registro de preços.

O procedimento licitatório do pregão deve ocorrer por ato da autoridade competente, sendo os trabalhos realizados no âmbito interno, devendo a autoridade observar o edital que se torna a lei do certame. É nesta via de entendimento que Justen Filho (2014, p. 480), afirma que:

A Administração deve diagnosticar suas necessidades e verificar a disponibilidade no mercado de bens adequados para contratação. Incumbe definir padrões mínimos de qualidade, com precisa descrição dos objetos que serão licitados.

Prevê o artigo 3º, inciso II, da Lei nº 10.520/2002, que o objeto do certame deve possuir definição “precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição”. Assim, é por meio do edital que ocorre a formulação de exigências necessárias para o pregão, de forma que no edital estará presente a necessidade da documentação a ser apresentada, assim como as sanções, os prazos, obrigações, dentre outras situações a serem esclarecidas no devido edital.

Em princípio, o pregão – como as demais modalidades de licitação – por meio de seu procedimento busca dar a transparência necessária ao processo licitatório.

No pregão, o processo licitatório terá início por meio da justificativa da autoridade competente da necessidade de contratação de bens ou serviços, definindo claramente o objeto do certame. *Verbis* os ditames expressos no artigo 3º da Lei nº 10.520/2002:

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;

II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

III - dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; e

IV - a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances,

a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.

Já no que tange à fase de competição, esta deverá ser realizada em sessão pública, por força da necessidade de publicidade e isonomia no certame. Desta forma, após o credenciamento daqueles interessados, verificadas as devidas credenciais, o pregoeiro deverá declarar aberta a sessão de logo recebendo os envelopes (um dos quais deve conter a proposta apresentada e o outro as devidas documentações do proponente).

Após a abertura do pregão e recolhimento das propostas, tem início a abertura dos envelopes de propostas para serem devidamente analisados pela comissão licitante. Posteriormente, o pregoeiro anunciará a proposta escrita de menor preço e aquelas cujos preços não ultrapassaram 10% da melhor proposta.

Passada a etapa anterior, iniciar-se-á a fase dos lances verbais, onde aquele licitante que apresenta a proposta de maior valor, sendo assim viabilizada a possibilidade de diminuição dos valores dos serviços e bens objetos da licitação. Após todos os trâmites da etapa dos lances verbais, será efetivado julgamento da proposta de menor valor, onde serão observadas a aceitabilidade, proporcionalidade e compatibilidade entre o objeto do processo licitatório e o preço ofertado.

Com efeito, passadas as fases primárias (competitivas), deverá o pregoeiro abrir os envelopes, os quais devem conter a documentação necessária a devida habilitação e contratação dos *partícipes*. Na modalidade pregão, a abertura do segundo envelope apenas após a resolução da fase competitiva, economiza desta forma a necessidade de verificação inicial de documentação, fazendo a citada observação após a resolução do certame.

Depois de declarada a vitória no certame, aberto o envelope documental, analisado os documentos, o vencedor do certame poderá ser declarado habilitado ou inabilitação para a formação do contrato, em caso de inabilitado, passar-se-á ao segundo colado.

Vencida esta etapa, abre-se a possibilidade de recursos, apresentados na própria sessão, abrindo-se o lapso temporal de três dias para a colação das razões do recurso e intimação dos demais participantes para a apresentação das contrarrazões com prazos iguais. Inexistindo recursos, será feita a adjudicação do objeto da licitação ao vencedor, encaminhando-se o procedimento à autoridade superior para fins de homologação.

Ao externar o pregão, dentre outros princípios basilares da Administração, o da publicidade há de ser exaltado, porquanto que sem ele não haverá a divulgação necessária do edital (disponibilizado ao público), o qual será exibido em Diário Oficial e/ou jornal de grande circulação e, por vezes, em meios eletrônicos.

Scarpinella (2010, p. 110 a 111), diz que as fases externas do pregão são:

(1) Fase inicial – momento em que é feita a verificação acerca da admissibilidade das propostas para a fase subsequente do julgamento. Envolve a comprovação de poderes pelo licitante para a prática dos atos inerentes ao certame e a entrega de declaração de cumprimento dos requisitos de habilitação.

(2) Fase de julgamento – é a principal fase do pregão, pois é nela que se faz a escolha da melhor proposta. Sua dinâmica envolve uma sequência complexa de atos, determinada pela inversão das fases de habilitação e julgamento. Nela estão incluídas (a) análise da conformidade das propostas aos requisitos do edital; (b) apresentação de amostras no pregão; (c) regra dos 10%, determinante dos licitantes que participarão da fase de lances; (d) dinâmica da etapa de lances, propriamente dita; (e) aferição da aceitabilidade da proposta vencedora; (f) análise quanto à exequibilidade do valor ofertado; e (g) eventual negociação com o licitante vencedor.

(3) Fase de habilitação – momento para análise das condições pessoais necessárias para a celebração do contrato. Anote-se que no pregão esta fase é subsequente à de julgamento e envolve a verificação da documentação de habilitação apenas do licitante vencedor.

(4) Fase de recursos – caracteriza-se pela sua concentração ao final da sessão pública do pregão. Apenas após a declaração do vencedor é que se inicia o momento processual para a apresentação de recursos contra quaisquer atos praticados ao longo da sessão.

(5) Fase de adjudicação – momento processual que antecede a homologação do certame, dando por encerrado o trabalho de escolha do licitante com aptidão para a contratação.

(6) Fase de homologação – é a última etapa do procedimento do pregão: envolve a análise de todo o ocorrido pela autoridade superior, e depois dela segue-se a assinatura do contrato.

Depois de efetivar análise sobre as fases que integram o pregão, o referido autor debruça-se na busca de apresentar de forma mais didática possível, a sistemática que se encontra intrínseca à modalidade licitatória, dizendo da seguinte forma:

Na sistemática do pregão, o ato de adjudicação é anterior à homologação e poderá, dependendo da hipótese, competir a diferentes agentes. Se não houver recurso, a adjudicação fica a cargo do pregoeiro; interposto o recurso, o ato competirá à autoridade superior. Já a homologação é em todos os casos um ato da autoridade superior. As regras relativas à anulação, à convalidação e à revogação são idênticas às das demais modalidades de licitação (SCARPINELLA, 2010, p. 69).

Assim, pelo analisado até o momento, o pregão se diferencia de outras modalidades licitatórias quando identificado o vencedor do certame tem-se a adjudicação e remessa para a devida homologação da autoridade.

Reforçando o dito, traz-se a colação de Kalil (2011, p. 2), onde afirma que a inversão das fases do pregão, é produtora de economia processual, o que faz com a modalidade exerça ampla vantagem em relação às outras modalidades:

A inversão de fases proporciona economia processual. Não é necessário o dispêndio de tempo e trabalho dos membros da comissão licitatório e nem dos licitantes em conferir, um a um, todos os documentos de todos os interessados antes de se poder chegar à fase que interessa realmente a todos: os preços. Da mesma forma, reduzem-se as ocasiões de apresentação de recursos, com concentração em uma única hipótese, ao fim de sessão pública, o que permite transcurso mais célere das sessões.

Com efeito, a modalidade pregão ao dispensar uma prévia análise de documentação exigida para a contratação, faz com que os que se habilitam em participarem do certame, de certa forma se tornem mais compromissados com a documentação, posto que ainda que vencedor, sem estar devidamente completa a documentação não ocorrerá a celebração do contrato.

6.3.5 Pregão eletrônico

Ao falar-se em pregão eletrônico, de logo é dever citar a Lei nº 14.167/02 (devidamente regulada pelo Decreto nº 42.416/02), a qual buscou a utilização da modalidade licitatória na forma eletrônica, utilizando-se assim dos recursos da informática (via internet), os quais permeiam mais rapidez e eficiência ao processo licitatório.

O pregão eletrônico tem suas regras na mesma forma do pregão presencial, diferenciando-se deste em razão da falta de presença física dos licitantes, por certo que a falta de presença física dos licitantes termina por diminuir alguns aspectos daquele na forma presencial, dentre elas aquela que fala do lance verbal, o qual não vai ocorrer no pregão eletrônico em razão da falta de presença física. Todavia, ressalta-se que esta modalidade de licitação perfaz uma amplitude muito maior do que aquela na forma presencial, obtendo maior concorrência licitatória dando maior aplicabilidade do binômio menor preço x qualidade dos serviços/bens.

O pregão eletrônico é analisado, em suas fases, por Reis (2008, p. 220) da seguinte forma:

O credenciamento dos participantes ocorre antes da sessão, pois o licitante deverá estar cadastrado junto ao órgão responsável pelo sistema a ser utilizado na internet; o certame ocorrerá por meio eletrônico, cujo sistema operacional foi previamente escolhido pela entidade licitante e detalhado no instrumento convocatório; todos os atos da sessão serão igualmente processados por meio eletrônico: declaração de cumprimento dos requisitos de habilitação, encaminhamento das propostas via sistema, classificação para o lance, classificação do licitante que está em primeiro lugar, fase para manifestação de recursos, adjudicação do objeto e homologação.

Scarpinella (2010, p. 559), tornando mais clara a dinâmica do pregão eletrônico apresenta suas considerações sobre o tema nos seguintes moldes:

Todos os lances e acontecimentos de um pregão são registrados em atas eletrônicas no endereço do 'Comprasnet', cujo acesso pode ser feito por qualquer interessado. Assim como a sociedade, as micro e pequenas empresas também se beneficiam com a implantação do pregão eletrônico. O pregão eletrônico é uma sessão virtual pública utilizada para a disputa do menor preço, entre os licitantes, previamente cadastrados, por meio da Internet. Na forma eletrônica, consiste na modalidade de licitação de tipo menor preço, destinada à seleção da proposta mais vantajosa para a contratação de bem ou serviço comum, através de propostas seguidas de lances, em que os atos jurídicos da Administração Pública e dos interessados são feitos com utilização da Internet.

Reforçando os posicionamentos colacionados, traz-se o pensamento de Rek (2005, p. 2), no qual afirma com veemência que em si o pregão já se configura como uma das formas mais eficazes da Administração Pública atingir seus objetivos licitatórios-constitucionais, e quando se trata de pregão eletrônico, seguidas as devidas regras, este dá a necessária amplitude que a coisa pública requer:

[...] O objetivo essencial, quando da instituição do pregão eletrônico, era a obtenção de maior credibilidade em relação ao processamento da despesa pública, baseada numa nova modalidade de licitação que proporcionasse ampla concorrência, isonomia, legalidade, transparência, justiça e economia à Administração Pública por um lado e, em contrapartida, a certeza concedida a cada cidadão de que o dinheiro público estivesse sendo bem aplicado, ou seja, que a '*res publica*' estivesse sendo bem administrada e respeitada.

Esta nova modalidade de licitação demonstrou que a estratégia governamental tem se consolidado com resultados positivos, gerando economias e redução de custos ao governo na ordem de bilhões, com fatores negativos insubsistentes, deparando-se a um número maior de adeptos, especificamente gestores públicos honestos, no anseio de impedir ou diminuir quaisquer tipos de atividades fraudulentas ou corruptas e tornar a Administração Pública transparente, resgatando a credibilidade de cada cidadão e possibilitando o desenvolvimento e sucesso que o Brasil necessita.

Como observado, o pregão eletrônico se traduz em meio eficaz de licitação na busca de celeridade e amplitude nas licitações quando da necessidade de expansão dos concorrentes, estando plenamente em concordância da evolução das informações. É neste sentido que Justem Filho (2014, p. 598) configura o pregão eletrônico:

Não é exagero estimar que a difusão do pregão eletrônico produzirá a redução da relevância do pregão comum. À medida que as diferentes unidades administrativas instituíam o pregão eletrônico, essa passará a ser a alternativa dominante. Portanto, a utilização do pregão comum é uma etapa passageira. Não será surpresa se, dentro de alguns anos, a figura do pregão comum se configurar como uma raridade.

De forma explicada acima, o pregão na modalidade eletrônico se traduz em tendência em ascensão, a qual, apesar de retirar o contato físico com o licitante, se faz interessante em virtude de que tende a convergir para que haja uma mais ampla e isonômica oferta do objeto a ser licitado.

7 MODALIDADE PREGÃO NO ESTADO DO MARANHÃO: Lei nº 9.579/2012

Conforme a leitura da Medida Provisória nº 2.026/2000, a qual institui o a devidamente regulamentada pelo Decreto nº 3.555/00, faz com que a citada modalidade seja direcionada para a aplicabilidade de contratos de aquisição de bens e serviços comuns, ou seja, em não haja complexidade na relação contratual.

Observe-se o que determina o artigo 5º do Decreto 3.555/00:

A licitação na modalidade de pregão **não se aplica às contratações de obras e serviços de engenharia**, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral, que serão regidas pela legislação geral da Administração (GRIFAMOS).

Como demonstrado, as obras de serviços de engenharia, pela leitura da norma, não poderiam ser objeto de licitação que tenha como *modus* o pregão, posto, entende parte da doutrina (CAMARÃO ET AL., 2010), a impossibilidade de utilização nas citadas contratações, posto que – entendem os doutrinadores – que obras e serviços de engenharia não se enquadram na nomenclatura de bens e serviços comuns.

Por bens e serviços comuns, entende a doutrina (CAMARÃO ET AL., 2010), que:

São aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado. Trata-se, portanto, de bens e serviços geralmente oferecidos por diversos fornecedores e facilmente comparáveis entre si, de modo a permitir a decisão de compra com base no menor preço.

Com efeito, a questão de obras de engenharia não se faz de tudo simplória, até mesmo em razão de que se trata de serviço especializado do qual dimensiona necessárias especificações técnicas.

De outra sorte, mas na mesma senda, o Decreto nº 5.450/2005, o qual regulamenta a modalidade pregão na forma eletrônica no âmbito federal normalizou a inaplicabilidade do pregão para contratações de obras de engenharia.

Porém, as decisões estão a dizer da possibilidade de utilização do pregão quando da necessidade de contratação de obras de engenharia, *verbis*:

Representação. contratação de obras e serviços de engenharia mediante suspensão pregão da eletrônico. licitação. requerimento jurisprudência cautelar recente para defende a possibilidade legal da contratação.

conhecimento. improcedência. Ciência ao interessado. Arquivamento. 1. A Lei 10.520/2002 e o Decreto 5.450/2005 amparam a realização de pregão eletrônico para a contratação de serviços comuns de engenharia, ou seja, aqueles serviços cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado. (TRIBUNAL DE CONTAS UNIÃO, ACÓRDÃO N. 286/2007. PLENÁRIO. RELATOR MIN. AGUSTO SHERMAN CAVALCANTI. DOU 16.02.2007).

Aduz-se da leitura que, quando o serviço, ainda que seja de engenharia, seja de caráter comum, será possível a utilização da modalidade pregão para a devida contratação, desde que – conforme a decisão – sejam de fácil entendimento e desenvolvimento.

Em nível de Estado do Maranhão, a Lei nº 9.579/2012, a qual instituiu o Código de Licitações e Contratos do Estado do Maranhão, normaliza em seu artigo 35 que “O pregão é obrigatório para bens e serviços que possam ser definidos por especificações usuais no mercado”.

Com efeito, o artigo 35 da mencionada lei, não diz nada em contrário ao expresso no Decreto normalizador da modalidade pregão. Porém, o parágrafo terceiro do artigo mencionado, traz para o bojo legislativo estadual exceção que diz da possibilidade da utilização do pregão quando da contratação de obras e serviços de engenharia, desde que não haja alta complexidade:

Art. 35.....
 [...]

 § 3º As obras e serviços de engenharia poderão ser licitadas por pregão quando o objeto não compreender alta complexidade. (Parágrafo acrescentado pela Lei Nº 9.990 DE 13/02/2014, conversão da Medida Provisória Nº 158 DE 12/12/2013).

Observe-se que o §3º acrescenta situação não prevista na lei do pregão e nem em seu decreto normalizador, todavia, a citada norma estadual segue a tendência jurisprudencial que vem sendo consolidada no sentido de abrir tal possibilidade jurídica na forma legal.

Eis as decisões:

... Como se vê, a Lei nº 10.520, de 2002, não excluiu previamente a utilização do Pregão para a contratação de obras e serviços de engenharia. O que exclui essas contratações é o art. 5º do Decreto 3.555, de 2000. Todavia, o item 20 do Anexo II desse mesmo Decreto autoriza a utilização do Pregão para a contratação de serviços de manutenção de imóveis, que pode ser considerado serviço de engenharia. Examinada a aplicabilidade dos citados dispositivos legais, recorro que somente à lei compete inovar o ordenamento jurídico, criando e extinguindo direitos e obrigações para as pessoas, como pressuposto do princípio da legalidade. Assim, o Decreto, por si só, não reúne força para criar proibição que não esteja prevista em

lei, com o propósito e regravar-lhe a execução e a concretização, tendo em vista o que dispõe o inciso IV do art. 84 da Carta Política de 1988. Desse modo, as normas regulamentadoras que proíbem a contratação de obras e serviços e engenharia pelo Pregão carecem de fundamento de validade, visto que não possuem embasamento na Lei nº 10.520, de 2002. O único condicionamento que a Lei do Pregão estabelece é a configuração do objeto da licitação com bem ou serviço comum... (TRIBUNAL DE CONTA DA UNIÃO - ACORDÃO 817/2005 – 1ª CÂMARA. REL. MINISTRO VALMIR CAMPELO. BRASÍLIA, 03 DE MAIO DE 2005).

Assim, pensa-se que não restam dúvidas no sentido da possibilidade de utilização da modalidade pregão quando da necessidade de contratação de serviços de engenharia no Estado do Maranhão, o que possui respaldo na legislação estadual vigente e nas decisões colacionadas ao trabalho monográfico. Dizendo-se ainda que, por certo, se a obra ou serviço de engenharia não se faz complexo e nem busca-se a eficiência da moralidade administrativa (fim maior do pregão em si), então não há como dispensar-se esta possibilidade, até em razão da questão sumular 257/2010-TCU.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade vive um momento de cansaço psicológico com a corrupção administrativa em decorrência dos desvios nas licitações e contratos públicos. Tudo em razão de alto volume de denúncias de corrupção, de desmandos, desvios de condutas, e atraso na prestação dos serviços pela Administração Pública. Esta situação de caos administrativo tem causado revoltas populares que se assemelham àquelas ocorridas no fim do primeiro império.

Observou-se pela leitura expressa no trabalho que a necessidade de licitar tem seu início primário quando se passa a observar e conferir a publicidade dos atos administrativos uma forma de dar confiabilidade e legalidade à Administração Pública. Assim, por meio da licitação – ainda que nos seus átrios – a sociedade de forma parca começa a ter as devidas informações necessárias para entender e acompanhar o modelo de gestão administrativa.

O advento da Lei nº 8.666/93, a qual estabeleceu as modalidades de licitação, entregou procedimentos licitatórios engessados e burocráticos para todos, o que aguçou, por certo, inúmeras situações corruptivas, de forma que ao invés de dar a segurança jurídico-administrativa buscada pela sociedade, aquelas modalidades terminam tornando inviável o assegurar de um processo licitatório isonômico, célere e eficiente.

O paradigma da burocracia licitatória vai ser quebrado com o aparecimento da modalidade pregão como forma administrativa de licitar. É com a modalidade pregão que vai ocorrer a viabilidade de um procedimento célere (por meio da inversão de suas fases); com ele a busca do melhor preço atrelado à qualidade do produto se fará clarividente; a competição estimula os licitantes em apresentarem lucros menores para o efetivo contrato; enfim, o pregão exerce uma verdadeira revolução no modelo de licitação brasileiro.

O pregão tende a facilitar a aplicabilidade da concorrência licitatória, não só em razão – ainda que seguindo a principiologia da legalidade – de evitar que a Administração Pública perfaça certames às escuras, implementa uma modalidade onde as observações documentais-contábeis são efetivadas após o final da apuração da licitação. O que segue via que contradiz àquela das modalidades de licitação especadas pela Lei nº 8.666/93; e de outro lado, onde *a priori* ocorre todo

um processo de investigação jurídico-contábil para que ao final se estabeleça a verdadeira licitação.

Observemos que no tipo pregão, somente após a determinação do menor preço, é que haverá a necessidade das observações jurídico-contábeis do licitante vencedor, por isso deixa-se de perder imensurável tempo com investigações dos licitantes que apenas desejam concorrer ao certame.

Observou-se durante a concepção do trabalho que, o certame por meio de pregão, tende a causar ebulição de preços entre os concorrentes, já que ao possibilitar após a abertura dos envelopes, uma nova rodada de posicionamentos de valores quanto ao objeto da licitação. Assim, já que existe esta possibilidade, os concorrentes delineiam desde logo que os seus preços devem atender a demanda, mas que não podem ser na forma exorbitante, sob pena de que após a abertura dos envelopes ocorra apresentação verbal de valores menores.

Porém, vale ressaltar que nem tudo é apresentado como inquestionável na modalidade pregão. Ao limitar-se o pregão a bens e serviços comuns, parece que fechou as possibilidades desta modalidade atingir seu objeto maior que proporcionar à Administração Pública eficiência através da celeridade.

Se o pregão não pode ser utilizado para determinados contratos, o administrador será obrigado a recorrer – mais uma vez – às modalidades burocratizadas, lentas e que demandam uma série de vícios, perfazendo-se assim um caminho contrário ao momento globalizado da necessidade de respostas cada vez mais rápidas para as questões-problemas apresentadas.

Por certo, o pregão apresenta-se como forma de viabilização do exercício da eficiência na prática administrativa da moralidade, fazendo com que os administrados possam receber com mais celeridade os serviços oriundos da Administração. E mais: a questão da possibilidade de utilização do pregão na contratação de obras de engenharia (desde que não sejam de alta complexidade), conforme a legislação do Estado do Maranhão e decisões do TCU, tende a possibilitar com que as obras de engenharia comuns possam ter maior celeridade e eficiência na contratação e execução.

Ficou demonstrado, no bojo do trabalho, que a moralidade administrativa possui relevância para a consecução do Estado Democrático de Direito e, principalmente, quando se trata de questões referenciadas ao dinheiro público investido em contratos. Daí, que a presença da modalidade pregão oferece aos

administrados a plausibilidade da eficiência esperada quando das licitações e execuções dos contratos.

O trabalho não pretendeu esgotar o tema, posto merecer outras considerações, sendo um precursor para aguçar que outras pesquisas sejam realizadas no sentido de melhor entendimento da viabilidade do pregão como modalidade licitatória de eficiência administrativa.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Aulas de direito constitucional para concursos**. São Paulo: Método, 2010.
- ATALIBA, Geraldo. Serviço público e delegação à empresa estatal – Imunidade. **Revista de Direito Público** São Paulo: Malheiros, 2009.
- BAZILLI, Roberto Ribeiro. **Licitação à luz do direito positivo**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BRASIL. MARANHÃO. **Lei nº 9.579 de 12.04.2012**. DOE, 2012.
- _____. Ministério Público Federal. **Pregão: uma nova modalidade de licitação**. Brasília: Revista do MPF, 2012.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 160.381**. 2T. Rel. Min. Marco Aurélio, v.u; RTJ 153/1.030.
- _____. _____. **Súmula nº 473**. DJ. 04/03/1969. REP. 15/06/1970.
- _____. Tribunal de Contas da União. **Resenhas do Pleno**. Brasília: TCU, 2010.
- _____. _____. **Acórdão nº 817/2005**. DJ. 1ª Câmara. Rel. Ministro Valmir Campelo. Brasília, 03 de maio de 2005.
- _____. _____. **Acórdão nº 286/2007**. Plenário. Relator Min. Augusto Sherman Cavalcanti. DOU 16.02.2007.
- _____. _____. **Súmula nº 257/2007**.
- _____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **ACJ: 20020110515745 DF**. Relator: Sebastião Coelho. 1ª T. Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F., Data de Publicação: DJU 04.12.2003.
- _____. _____. **Processo AGV 12887MS2009.012687-5**. Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva. 5ª T. Julgamento 09.07.2009.
- _____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Ação nº 7005396750**. Primeira Câmara Cível. Rel. Carlos Roberto Lofego Canibal. Julgado em 20.11.2013.
- _____. _____. **Agravo de instrumento nº 70057248668**. 22ª Câmara Cível. Relator: Marilene Bonzanini. Julgado em 27.02.2014.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2013.

_____, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**. Salvador: Editora Juspodium, 2008.

CAMARÃO, Tatiana; GUSMÃO, Fabiana; PEREIRA, Fausto Cunha. **Manual Prático do Pregão**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2010.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre 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=74474.2012>>. Acesso em: 22.10.2014.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DANTAS, Ivo. **Constituição Federal de 1988: interpretada e anotada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

DELANO, Franklin. **Pregão à vela**. Disponível em: <<http://franklindelanicitacoes.blogspot.com/2009/08/origem-da-licitacao.html>>. Acesso em 02.10 2014.

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

ESTADÃO. Jornal. **Governo aproveita manifestações para fragilizar licitações**. 2014.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FROTA, Hidemberg Alves da. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado no direito positivo comparado: expressão do interesse geral da sociedade e da soberania popular. **Revista de Direito Administrativo**. V. 239, p. 62-63, jan/mar. Ano, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. São Paulo: Dialética, 2014.

KALIL, Hugo Souto. A modalidade licitatória do pregão e o seu critério de aplicação: transcendendo o paradigma da avaliação quanto ao objeto do contrato. **Núcleo de estudos e pesquisas**. Brasília: Senado Federal, 2011.

LIMA, Edilson Casado de; et al. **O princípio da impessoalidade da administração pública: uma análise de sua aplicabilidade ao longo do tempo**. Disponível em <<http://www.itpac.br/site/revista/index.html>. 2010>. Acesso em 23.10.2014.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Comentários à Reforma Administrativa: de acordo com as Emendas Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

- MEDAUR, Odete. **Novo direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MELLO, Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2010.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Princípios constitucionais da administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2013.
- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Pregão, a Sexta modalidade de licitação: Informativo de Licitações e Contratos**. Curitiba: Zênite, 2011.
- REK, Marcos. **Pregão: estratégia governamental para a transparência na administração pública**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13106&revista_caderno=4.2005>. Acesso em: 22.10.2014.
- REIS, Ruimar Barboza dos. **Pregão presencial e eletrônico: cenário nacional**. Curitiba: Negócios Públicos, 2008.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Del Rey: Belo Horizonte, 2010.
- SCARPINELLA, Vera. **Licitação na modalidade de pregão**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do Direito Público**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- TÁCITO, Caio. **Temas de direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.