



FACULDADE NACIONAL DE DIREITO



UFRJ

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO**

**PREGÃO ELETRÔNICO: CONSTITUCIONALIDADE,  
APLICABILIDADE E EFICÁCIA NAS COMPRAS  
GOVERNAMENTAIS**

**MARCO AURÉLIO GOMES DE MELLO**

**RIO DE JANEIRO**

**2008**

MARCO  
AURÉLIO  
GOMES DE  
MELLO

PREGÃO ELETRÔNICO: CONSTITUCIONALIDADE, APLICABILIDADE E  
EFICÁCIA NAS COMPRAS GOVERNAMENTAIS

UFRJ

2008

MARCO AURÉLIO GOMES DE MELLO

PREGÃO ELETRÔNICO: CONSTITUCIONALIDADE,  
APLICABILIDADE E EFICÁCIA NAS COMPRAS  
GOVERNAMENTAIS

Trabalho de conclusão de curso  
apresentado à Faculdade de Direito  
da Universidade Federal do Rio de  
Janeiro, como requisito parcial para  
obtenção do título de Bacharel em  
Direito.

Orientador: Prof. Afonso de Albuquerque

RIO DE JANEIRO

2008

Mello, Marco Aurélio Gomes de.

**Pregão eletrônico: Constitucionalidade, Aplicabilidade e Eficácia nas Compras Governamentais. / Marco Aurélio Gomes de Mello. - 2008.**

70 f.

Orientador: Afonso de Albuquerque

Trabalho de conclusão de curso (graduação em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Bibliografia: f. 67-79.

1. Pregão eletrônico – Monografias. I. Mello, Marco Aurélio Gomes de. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título

CDD 341-3

MARCO AURÉLIO GOMES DE MELLO

PREGÃO ELETRÔNICO: CONSTITUCIONALIDADE,  
APLICABILIDADE E EFICÁCIA NAS COMPRAS  
GOVERNAMENTAIS

Trabalho de conclusão de curso  
apresentado à Faculdade de Direito  
da Universidade Federal do Rio de  
Janeiro, como requisito parcial para  
obtenção do título de Bacharel em  
Direito.

Data de aprovação: \_\_\_\_/ \_\_\_\_/ \_\_\_\_

Banca Examinadora:

---

Afonso de Albuquerque – Presidente da Banca Examinadora  
Prof.<sup>o</sup> da Universidade Federal do Rio de Janeiro – Orientador

---

Prof.<sup>o</sup>  
Universidade Federal do Rio de Janeiro

---

Prof.<sup>o</sup>  
Universidade Federal do Rio de Janeiro

A minha esposa e meus filhos presto homenagem especial pela compreensão que demonstraram sempre que tive que me manter distanciado de um convívio mais próximo em decorrência dos encargos deste trabalho.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao meu orientador, Prof<sup>o</sup> Afonso de Albuquerque, pelos conselhos sempre úteis e precisos com que, sabiamente, orientou este trabalho.

A Prof<sup>a</sup> Sandra Mello Porto pela revisão gramatical.

A minha família, pelo apoio, pelo incentivo e, também, pela paciência em aceitar a minha ausência.

E, finalmente, a Deus pela oportunidade e pelo privilégio que me foram dados de freqüentar o Curso de Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, permitindo-me tomar conhecimento de temas relevantes que não faziam parte, em profundidade, da minha vida profissional.

Oh! Quão bom e quão suave é que os irmãos vivam em união! E como o óleo precioso sobre a cabeça que desce sobre a barba, a barba de Aarão, e que desce à orla de seus vestidos.

E como o orvalho de Hermon, que desce sobre os Montes de Sião; porque ali o Senhor ordena a bênção e a vida para sempre. (salmo 133 – Bíblia Sagrada)

## RESUMO

**MELLO, M. A. G. de. *Pregão eletrônico: constitucionalidade, aplicabilidade e eficácia nas compras governamentais*. 2008. 70 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.**

O presente trabalho pretende realizar uma análise da constitucionalidade, aplicabilidade e eficácia do Pregão Eletrônico nas compras governamentais. Esse procedimento licitatório foi instituído em um contexto de mudanças na busca por maior transparência, agilidade, competitividade e economia. O objetivo principal do trabalho é mostrar para os gestores públicos quanto para a Administração pública que o Pregão Eletrônico é a modalidade licitatória mais adequada hodiernamente na escolha da proposta mais vantajosa para os bens e serviços comuns, sem prejuízo de qualidade. Aborda, inicialmente, a modalidade Pregão Eletrônico, conceito, características, vantagens e evolução. A seguir, é analisada a constitucionalidade, a aplicabilidade e a eficácia dessa modalidade. Os princípios constitucionais adotados e os violados, e os efeitos jurídicos da inobservância desses princípios que regem o Pregão Eletrônico para a sociedade e para a Administração Pública são vistos na constitucionalidade. O conceito de bens e serviços comuns e suas formas de vedação são observados na aplicabilidade. Por fim, uma pesquisa, aponta que o futuro das compras governamentais é o pregão eletrônico, pois ocorre uma acentuada economia de recursos orçamentários, pela obtenção de preços mais vantajosos para a Administração Pública, sem que haja diminuição da qualidade e de desempenho do material e trabalho controlado.

Palavras-chave – Pregão eletrônico; Administração Pública; eficiência.

## ABSTRACT

**MELLO, M. A. G. de. *Eletronic Bid: constitutionality, feasibility and effectiveness in the government acquisitions*. 2008. 70 f. Thesis (Law Bachelor's degree). Federal University of Rio de Janeiro, 2008.**

The present work aims at analyzing the constitutionality, feasibility and effectiveness of the Eletronic Bid in the government acquisitions. This procedure was created in a context of political changes seeking transparency, agility, competitiveness and money saving. The main objective of this paper is to show to public managers and to the Public Administration that the Eletronic Bid is the most appropriate procedure to choose the best assets and services with the best quality. This paper describes what the Eletronic Bid is about: its characteristics, advantages, concept, and history. Then, its constitutionality, feasibility and effectiveness are analyzed. The adopted and the violated constitutional principles and the judicious results for not paying attention to the principles are perceived by the Public Administration and the society. The concept of common assets and services as well as their restrictions can only be observed when applied. The conclusion of this work is a survey depicting the eletronic bid as the best solution for the government acquisitions in the future because it saves money and obtains advantageous prices for the public administration with good quality, good performance and controlled work.

Key-words: Eletronic bid, Public administration and Effectiveness.

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

<b>Figura 1</b>	<b>Gráfico de avaliação do uso do pregão – Escala de Likert</b>	<b>57</b>
<b>Figura 2</b>	<b>Gráfico da questão 2</b>	<b>58</b>
<b>Figura 3</b>	<b>Gráfico da questão 3</b>	<b>58</b>
<b>Figura 4</b>	<b>Gráfico da questão 4</b>	<b>59</b>
<b>Figura 5</b>	<b>Gráfico da questão 5</b>	<b>60</b>
<b>Figura 6</b>	<b>Gráfico da questão 6</b>	<b>60</b>
<b>Figura 7</b>	<b>Gráfico da questão 7</b>	<b>61</b>
<b>Figura 8</b>	<b>Gráfico da questão 8</b>	<b>62</b>
<b>Figura 9</b>	<b>Gráfico da questão 9</b>	<b>62</b>

## LISTA DE TABELAS

<b>TABELA 1</b>	<b>Relação de Organizações da AP</b>	<b>54</b>
<b>TABELA 2</b>	<b>Frequência de uso da modalidade pregão para a aquisição</b>	<b>56</b>

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

- AP** - **Administração Pública**
- CRFB** - **Constituição da República Federativa do Brasil**
- MP** - **Medida Provisória**
- MPOG** - **Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão**
- OD** - **Ordenador de Despesas**
- STF** - **Supremo Tribunal Federal**
- STJ** - **Superior Tribunal de Justiça**
- TCU** - **Tribunal de Contas da União**

## LISTA DE SÍMBOLOS

**§ - parágrafo**

**% - porcentagem**

**@ - arroba**

## SUMÁRIO

1	<b>INTRODUÇÃO</b>	14
2	<b>PREGÃO ELETRÔNICO</b>	16
2.1	<b>Conceito</b>	17
2.2	<b>Características</b>	18
2.2.1	<u>Valor da contratação</u>	19
2.2.2	<u>Bens e serviços comuns</u>	19
2.3	<b>Vantagens</b>	21
2.3.1	<u>Vantagens comuns do Pregão presencial e do eletrônico</u>	21
2.3.2	<u>Vantagens do Pregão Eletrônico</u>	22
2.4	<b>Evolução</b>	24
3	<b>CONSTITUCIONALIDADE</b>	28
3.1	<b>Os Princípios Constitucionais que regem o Pregão Eletrônico</b>	30
3.1.1	<u>Princípios básicos do Pregão Eletrônico</u>	30
3.1.2	<u>Princípios correlatos do Pregão Eletrônico</u>	33
3.2	<b>Princípios Constitucionais violados no Pregão Eletrônico e suas causas</b>	35
3.3	<b>Os Efeitos Jurídicos da inobservância dos Princípios Constitucionais que regem o Pregão Eletrônico para a Sociedade e para a Administração Pública</b>	41
3.3.1	<u>Efeitos jurídicos para a sociedade</u>	41
3.3.2	<u>Efeitos jurídicos para a Administração Pública</u>	44
4	<b>APLICABILIDADE</b>	49
4.1	<b>Aspectos Conceituais</b>	49
4.2	<b>Aquisição de Bens e Serviços Comuns</b>	50
4.3	<b>Vedações da Modalidade Pregão</b>	52
5	<b>EFICÁCIA</b>	54

5.1	<b>Instrumento da Pesquisa</b>	<b>55</b>
5.2	<b>Apresentação e Análise dos Resultados</b>	<b>56</b>
5.2.1	<u>Nível de preparação</u>	<b>57</b>
5.2.2	<u>Simplicidade de execução</u>	<b>58</b>
5.2.3	<u>Celeridade do processo</u>	<b>60</b>
5.2.4	<u>Qualidade dos produtos</u>	<b>61</b>
5.3	<b>Considerações Finais</b>	<b>62</b>
6	<b>CONCLUSÃO</b>	<b>64</b>
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	<b>67</b>
	<b>ANEXO A</b>	<b>70</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A questão principal do presente tem por proposta analisar o instituto licitatório Pregão Eletrônico, discutindo seus aspectos de constitucionalidade, de aplicabilidade e de eficácia nas compras governamentais.

A presente temática expressa considerável relevância e atualidade, haja vista que a formação da modalidade licitatório Pregão no ordenamento jurídico brasileiro só tem 10 anos, estando ainda em fase de amadurecimento e expansão na Administração Pública (AP). Tem como objetivo as discussões doutrinárias e jurisprudenciais que envolvam a constitucionalidade, a aplicabilidade e a eficácia do Pregão Eletrônico no âmbito da Administração Pública Federal, como instrumento de maior celeridade, economia e eficiência nas aquisições governamentais.

Toda a atividade da AP é norteada pelos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse do Estado. Para realizar as suas funções, a AP recorre, freqüentemente, à colaboração de terceiros, valendo-se dos serviços e dos bens de particulares para melhor cumprir suas finalidades.

O recurso da Administração Pública Federal às atividades e aos bens privados manifesta-se sob modalidades diversas, que vão desde a desapropriação até a alienação de bens públicos. Uma das formas de atuação conjugada do Estado com o particular é o contrato administrativo.

O surgimento do Estado burocrático, na era moderna, no qual as relações do processo decisório buscam a impessoalidade, a padronização e o controle dos procedimentos, trouxe muitos problemas relacionados à gestão, na medida em que se ampliou o papel do Estado na produção de bens e serviços.

O Estado burocrático que surgiu no século passado, visando promover a modernização econômica e o desenvolvimento, tem como uma de suas características a execução direta, na produção de bens e serviços.

Apesar das propostas, em nível mundial, da diminuição do setor público, provavelmente, não haverá reduções drásticas no tamanho dos Estados, medido como participação do gasto público em relação ao produto interno bruto de cada país, mas sim uma grande mudança na organização do trabalho, direcionada à máxima racionalidade na aplicação dos recursos disponíveis.

Esta mudança, sem dúvida, provocará reflexos nas aquisições e contratações dentro dos órgãos públicos, na medida em que a estrutura adotada fez com que as

diversas Organizações, simplesmente, utilizem as modalidades de licitação previstas na Lei de Licitações, fato ensejado de vários óbices, cujos reflexos acabaram por comprometer a necessária economicidade.

Por isso, propõe-se, neste trabalho, um novo modelo de gestão, através da utilização maciça da modalidade de licitação denominada pregão, sempre que isso for possível.

O pregão é um aperfeiçoamento do regime de licitações para a AP Federal, pois esta nova modalidade de licitação possibilita o incremento da competitividade e a ampliação das oportunidades de participação nas licitações, contribuindo para o esforço de redução de despesas, à medida que permite maior agilidade nas aquisições, ao desburocratizar os procedimentos para a habilitação e o cumprimento da seqüência de etapas da licitação. Essa nova modalidade permite ainda o uso das novas tecnologias eletrônicas para a sua realização, reduzindo custos e facilitando a participação de maior número de competidores. O pregão pode ser adotado para os mesmos tipos de compras e contratações realizadas por meio das modalidades concorrência, tomada de preços, convite e leilão, desde que os padrões de desempenho e qualidade sejam objetivamente definidos por edital, por meio de especificações de uso corrente no mercado.

Desta forma, pretende-se abordar o surgimento, o conceito, as características, as vantagens e a evolução do pregão eletrônico no âmbito da AP. A seguir, discutir a constitucionalidade, abordando os efeitos jurídicos da inobservância dos princípios constitucionais que regem o pregão eletrônico para a sociedade e para a administração pública.

Por fim, abordar e discutir as hipóteses de cabimento e vedações à aplicabilidade do pregão e a sua eficácia na AP.

## 2 PREGÃO ELETRÔNICO

Trata-se o Pregão Eletrônico de uma das formas de realização do pregão, apresentando as regras básicas do Pregão Presencial, com procedimentos específicos, caracterizando-se especialmente pela ausência da *presença física* do pregoeiro e dos demais licitantes, uma vez que toda interação é feita por meio de sistema eletrônico de comunicação pela internet.

Possui como importante atributo a potencialização de agilidade aos processos licitatórios, minimizando custos para a AP, estando cada vez mais consolidado como principal forma de contratação do Governo Federal.

O uso e a aplicabilidade do Pregão, na forma eletrônica, como modalidade de licitação no âmbito da AP Federal proporcionou, desde o início, impacto nas contratações governamentais, representado em grandes vantagens aos entes públicos, notadamente em virtude de suas características de celeridade, desburocratização, economia, ampla divulgação e publicidade e eficiência na contratação.

É imperioso destacar-se que o primeiro instrumento normativo a prever a possibilidade de realização do Pregão Eletrônico em nosso ordenamento jurídico foi a Medida Provisória (MP) nº 2.026-4/2000, de 28 de agosto de 2000, em seu Art. 2º, § único, dispositivo este que apresenta a seguinte redação:

“Art. 2º [...] § único. Poderá ser realizado o pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica.”

Sobre os aspectos inovadores da utilização de meios tecnológicos e a comunicação à distância, e sua fixação histórico-legislativa, disponibilizados com a implementação de Pregões Eletrônicos, Palavéri (2005, p. 127) ensina:

“Com efeito, até a edição da primeira medida provisória do pregão, em 2000, não havia, em âmbito nacional, nenhuma norma disciplinando as licitações por intermédio de meio eletrônico, sendo que, na melhor das hipóteses, os órgãos públicos apenas disponibilizaram seus editais pela Internet, em seus sites, não os utilizando para nenhum outro fim.”

Com o intuito de otimizar o procedimento do Pregão, potencializando os mecanismos para a divulgação, publicidade, ampla participação, o § 1º do Art. 2º, da Lei nº 10.520/2002, ratificando o que já havia sido previsto no Art. 2º, § único da Medida Provisória nº 2026/2000, acima mencionado, consagrou a implementação do que se convencionou denominar Pregão Eletrônico, realizado por meio da utilização

de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica, a qual se deu à época através do Decreto nº 3.697, de 21 de dezembro de 2000, aplicando-se subsidiariamente o Decreto 3.555, de 8 de agosto de 2000, que trata do Pregão Presencial.

Convém ser destacado, que o Decreto nº 3.697/2000, ao dispor sobre o Pregão Eletrônico, não contemplava, de maneira abrangente, todos os passos do procedimento licitatório eletrônico, fazendo várias remissões ao Decreto nº 3.555/2000, que disciplina o pregão presencial, o que às vezes provocava dúvidas na aplicabilidade dos dispositivos, notadamente após a conversão da Medida Provisória do pregão em Lei.

Ademais, não se pode olvidar a notável evolução do procedimento do Pregão, tanto na forma presencial e eletrônica, com relação ao momento pretérito em que o mesmo foi instituído através de medida provisória, o que evidenciava a premente necessidade de revisão do texto regulamentar, com a adoção de algumas alterações e inovações que o adequassem ao contexto atual do procedimento, compondo um sustentáculo para a otimização desta eficiente modalidade licitatória.

Como resposta ao clamor pela adequação do regulamento, o Governo Federal editou o Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, que foi publicado no Diário Oficial da União do dia 1º de junho de 2005. O novo regulamento do Pregão Eletrônico, que finalmente veio atualizar seu procedimento e adequar as incongruências do tratamento normativo dado pelo Decreto nº 3.697/2002 relativamente aos dispositivos da Lei nº 10.520/2002, consagrando inúmeras inovações que repercutirão positivamente no amadurecimento desse procedimento, destacando-se como a mais relevante o dispositivo que instituiu a obrigatoriedade de adoção do Pregão, nas aquisições de bens e serviços comuns, adotando-se o Pregão Eletrônico de forma preferencial, a fim de consolidá-lo, definitivamente, como forma de licitação padrão na Administração Pública Federal.

## **2.1 Conceito**

O conceito de pregão estava na própria Medida Provisória nº 2.026-4, de 28 de agosto de 2000, em seu Art. 2º. Porém, com o Edital da Lei nº 10.520/02, a MP perdeu o seu efeito. Contudo, pode-se utilizar o conceito do art. 2º da MP para definir o pregão, acrescentando apenas, que, atualmente, ele é utilizado no âmbito

não só da União, mas também dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ficando assim conceituado:

“Pregão é a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, promovida no âmbito da União, do Estado, do Distrito Federal e do Município qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública.”

## 2.2 Características

Importa destacar como características básicas dessa nova modalidade de licitação as diferenças entre esta e as demais modalidades licitatórias.

São duas as diferenças importantes: primeiro, a inversão das fases, uma vez que, inicialmente, julgam-se as propostas de preços, para somente após se apreciar a habilitação, restrita, apenas, à análise da documentação do licitante vencedor. Essa inversão das fases é entendida por alguns como a grande garantidora da celeridade conferida ao procedimento, marca incontestável do pregão, posto que se eliminará a apreciação de muitos documentos. A segunda grande diferença, diz respeito ao procedimento da definição do vencedor do certame. Até então, nas demais modalidades, as propostas eram, previamente, entregues, em envelopes lacrados, para julgamento.

No Pregão, há essa fase de entrega das propostas de preços, as quais, contudo, não contém os valores definitivos. São apenas valores que podem, ou não, pré-qualificar os licitantes para a fase de lances, quando os preços serão novamente apresentados, porém mediante manifestações verbais em sessão pública.

Desse modo, após abertos os envelopes de preços, o detentor do menor valor, bem como todos aqueles que estejam até 10% (dez por cento) acima desse montante, serão convocados a participar da fase de lances verbais, ao final da qual, vencerá aquele que apresentar a proposta de menor preço, desde que, posteriormente, seja considerado habilitado.

O julgamento se dá em duas etapas: numa primeira, pré-qualifica-se aqueles que irão ofertar lances verbais e, na segunda, o verdadeiro pregão, define-se como vencedor aquele que, ao término dos lances, ofereceu o menor preço para o objeto licitado.

Justen Filho (2001, p.17) resume tais diferenças em três peculiaridades:

1) A estrutura procedimental do pregão é absolutamente peculiar, com duas características fundamentais. A primeira seria, a inversão das fases de habilitação e

juízo. A outra é a possibilidade de renovação de lances por todos ou alguns dos licitantes, até que se chegue a proposta mais vantajosa;

2) O Pregão comporta propostas por escrito, mas o desenvolvimento do certame envolve a formulação de novas proposições “lances”, sob forma verbal, ou até mesmo por via eletrônica; e

3) Podem participar quaisquer pessoas, inclusive aqueles não inscritos em cadastro. Sob certo ângulo, o Pregão é uma modalidade muito similar ao leilão, apenas que não se destina à alienação de bens públicos e à obtenção da maior oferta possível. O Pregão visa à aquisição de bens ou contratação de serviços, pelo menor preço.

### 2.2.1 Valor da contratação

O Pregão é uma modalidade de licitação, cujo uso, diferente das modalidades concorrência, tomada de preços e convite, não se define em face do valor que se pretende despendar com a compra ou serviço a ser no futuro contratado. Pelo contrário, trata-se de modalidade apta a substituir qualquer uma das três anteriormente citadas, desde que se faça com o propósito de adquirir bens ou serviços considerados comuns.

Cabe ao Pregão, as contratações dos objetos destituídos de maior complexidade, ou seja, o critério de utilização do pregão é qualitativo e não quantitativo.

É a isso que se presta o pregão, à aquisição de bens e serviços declarados pela administração como comuns, assim considerados aqueles de uso e necessidades corriqueiras, contínuos, disponíveis no mercado e não personalizados.

Portanto, o Pregão pode versar sobre bens de pequeno valor tanto como sobre contratações de grande monta, não há que questionar o valor da contratação para determinar a aplicabilidade do pregão, daí a irrelevância do critério de valor para fixação do cabimento do Pregão e sua obrigatoriedade.

### 2.2.2 Bens e serviços comuns

Para a realização do pregão, não se leva em consideração o valor do objeto para a determinação da modalidade, como na Lei nº 8.666/93. Mister é que, para a realização do Pregão, o objeto envolva “bens e serviços comuns”, ou seja, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo

edital, por meio de especificações usuais no mercado (Art. 1º, parágrafo único da Lei nº 10.520), remetendo para o regulamento, a disposição dos bens e serviços comuns (Art. 1º, §2º da MP nº 2026-4/2000). Leva-se em consideração, portanto, a natureza do objeto e não o valor da contratação.

Antes da edição de tal regulamento (Decreto nº 3.555/00), dúvidas pairavam sobre o que poderia estar inserido na denominação bens e serviços comuns, sendo inferido apenas que, por se tratar de modalidade célere, deveriam ser bens e serviços de utilização habitual na AP. Tal classificação foi confirmada com a edição de regulamento que em seu anexo, apresenta ainda alguns exemplos de tais bens de consumo como água mineral, combustível e material de expediente, assim como serviços de assinatura de jornal, serviços de ascensorista e copeiro. Com isso, pretende-se implementar maior celeridade na aquisição de bens e contratação de serviços de utilidade diária da AP, afastando, num primeiro momento, da incidência das demais modalidades licitatórias prevista na Lei 8.666/93.

Justen Filho (2000, p. 6) dita que tal expressão apresenta uma indeterminação apenas relativa. O que caracteriza um objeto como comum é a padronização de sua configuração, que é viabilizada pela ausência de necessidade especial para ser entendida e pela experiência e tradição do mercado. Assim, bem ou serviço “comum”, para fins da adoção de pregão, é aquele que pode ser adquirido no mercado sem maior dificuldade e não demanda maior investigação acerca do fornecedor.

A licitação na modalidade Pregão, por sua vez, 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 (Art. 5º, Decreto nº 3.555/00).

Explica-se a inserção deste artigo pelo fato de que tais contratações não são caracterizadas pela simplicidade que envolve o objeto da modalidade Pregão, sendo, portanto, alvo das demais modalidades como a concorrência ou a tomada de preços.

É a isso que se presta o Pregão, à aquisição de bens e serviços declarados pela administração como comuns, assim considerados aqueles de uso e necessidades corriqueiras, contínuos, disponíveis no mercado e não personalizados.

## 2.3 Vantagens

A modalidade pregão divide-se em duas subespécies: o pregão presencial e o eletrônico. Pode-se notar que o pregão eletrônico, por utilizar recursos de tecnologia da informação, apresenta vantagens ainda maiores, mesmo em comparação com o pregão presencial.

### 2.3.1 Vantagens comuns do Pregão presencial e do eletrônico

O Pregão oferece as seguintes vantagens sobre as demais formas de licitação:

- agilidade nas compras, pois o prazo para apresentação das propostas é de oito dias, após a publicação do edital. ;

- agilidade, também, com que a Administração consegue ultimar as licitações. Essa agilidade ocorre, sobretudo, em tributo à inversão das fases do processo licitatório, tal qual dispostas na Lei nº 8.666/93.

- desburocratização, pois a inversão das fases do procedimento licitatório, isto é, a habilitação é feita somente depois da classificação dos licitantes, faz com que apenas a documentação do licitante que apresentar a menor proposta de preço seja examinada;

- o Pregão independe do valor estimado do futuro contrato, como acontece nas modalidades concorrência, tomada de preços e convite que precisam de um valor estimado;

- procedimentos simplificados, concentrados em apenas duas etapas distintas, a primeira preparatória e outra fase externa;

- a economicidade, haja vista que a Administração consegue obter, quando utiliza o pregão, sensível redução de preços. E isso ocorre porque a fase de julgamento no Pregão é dividida em duas etapas. De pronto, abrem-se todas as propostas escritas, que são postas em ordem de acordo com os preços ofertados. Depois disso, os licitantes, consoante critérios definidos em lei, são convidados a oferecer novas propostas, dando-se oportunidade para que cada um deles cubra o preço oferecido pelos outros, até que se alcance o menor preço. É evidente que essa sistemática de julgamento fomenta a redução de preços, o que, realmente, vem acontecendo na prática;

- transparência, observada em todas as etapas do pregão, sendo declarado o vencedor na sessão pública após a apresentação de lances verbais, comprando-se sempre pelo menor preço;

- minimiza a possibilidade de litígios, porquanto os licitantes dispõem de apenas uma oportunidade para interporem recursos administrativos, que ocorre logo após a decisão do pregoeiro sobre a habilitação. Além disso, para interporem o recurso, devem estar presentes à sessão do pregão e manifestar motivadamente a intenção de recorrer;

- reduzido prazo recursal em comparação com a tomada de preços e com a concorrência. O prazo recursal, de apenas 3 (três) dias úteis, é considerado aberto após a lavratura da ata e conta apenas uma vez, já que a fase de habilitação ocorre após a abertura das propostas e a proposição de lances;

- a Administração não precisa publicar as decisões na imprensa oficial para, então, abrir a contagem dos prazos para a interposição dos recursos. Os licitantes, presentes à sessão, é que devem manifestarem-se. Essa medida é extremamente salutar, porque não há sentido em atrasar a conclusão da licitação, que, na sistemática da Lei nº 8.666/93, permanece suspensa, em regra, por 5 (cinco) dias úteis, a fim de aguardar a manifestação dos licitantes;

- competição, podendo os licitantes comparar e reduzir preços, deixando de ser a licitação uma “caixinha de surpresa”, onde as propostas, após entregues, não mais podem ser alteradas.

- ampliação de participação. A modalidade de licitação é aberta a qualquer interessado, sendo amplamente divulgada pela internet, no *site Comprasnet*.

### 2.3.2 Vantagens do Pregão Eletrônico

O Pregão Eletrônico apresenta as seguintes vantagens:

- No Pregão Eletrônico, por desenvolver-se através da internet, não há tanto uso de papel quanto no pregão presencial. As propostas e quase todos os atos que lhe são pertinentes são enviados e recebidos por meio da internet, o que, sem sombra de dúvidas, acaba com várias formalidades e burocracia.

- No pregão presencial, o pregoeiro é sobrecarregado, incidindo sobre ele uma série de responsabilidades. Praticamente todo o processo do Pregão presencial é conduzido por ele, que deve realizar o credenciamento, receber os envelopes, classificar os licitantes, proceder aos lances verbais, analisar a aceitabilidade das

propostas e os documentos de habilitação, dar oportunidade para que os licitantes interponham recursos e, conforme o caso, adjudicar o objeto da licitação. Acima de tudo, a atividade do pregoeiro, no pregão presencial, é deveras múltipla e complexa, em virtude dos lances verbais, que, por vezes, tomam muito tempo e dele nascem dificuldades, para que tudo transcorra a contento. O pregoeiro deve dar oportunidade para que os licitantes classificados, um a um, ofereçam os seus lances, e, assim, novamente, até que apure o vencedor.

Daí a vantagem do Pregão Eletrônico, que consiste na simplificação das atividades do pregoeiro. Isso porque, no pregão eletrônico, é o sistema que recebe todos os lances e já os ordena. O pregoeiro não precisa colher lances de licitante por licitante. Cada um deles é quem envia o lance pela internet, que o próprio sistema de informática recebe e ordena. Então, a atividade do pregoeiro, no pregão eletrônico, é mais simples do que no Pregão presencial, conquanto ainda recaiam sobre os ombros dele várias responsabilidades.

- a aproximação das pessoas, o encurtamento das distâncias, o que causa inúmeras repercussões positivas num processo de licitação pública. Esta é justamente a principal vantagem do pregão eletrônico em relação ao Pregão presencial, haja vista que a aproximação das pessoas implica ampliação considerável da competitividade.

Ora, numa licitação tradicional, é recomendável que os licitantes se façam representar na sessão pública. Especialmente no pregão presencial, é fundamental que os licitantes sejam representados, até para que tenham condições de apresentar lances orais e interpor recursos administrativos. Como já se enfatizou, os licitantes que não estiverem representados na sessão do Pregão presencial não podem oferecer lances orais, nem interpor recursos administrativos, que pressupõem a manifestação da disposição de recorrer e a indicação dos motivos do recurso na própria sessão.

Sob esse contexto, como o sucesso no Pregão presencial freqüentemente depende de o licitante fazer-se representar na sessão pública, é comum que somente empresas próximas ao lugar onde se promove a licitação se interessem em participar dela. É de se supor que uma empresa do Sul do país não se interesse em participar de pregão presencial promovido na região Norte e vice-versa, tendo em vista os custos para fazer-se representar. Muitas empresas preferem não participar de licitações promovidas longe de suas sedes, uma vez que, se o fizessem, teriam

que investir recursos para o deslocamento e hospedagem de preposto, sem que haja qualquer garantia de retorno.

Em decorrência disso, é correto afirmar que a competitividade do pregão presencial está, naturalmente, circunscrita às pessoas da região do lugar da licitação, que não precisam de investimentos expressivos para participar da licitação, sobretudo se os valores envolvidos nela não são tão atraentes.

Por outro lado, no Pregão Eletrônico, com o uso da tecnologia da informação, as empresas ou pessoas distantes do lugar da licitação têm condições de participar dela sem maiores investimentos, na medida em que as mesmas não precisam arcar com os custos do deslocamento de prepostos, ao menos para participar do certame. Os interessados participam do pregão eletrônico diretamente das suas respectivas sedes, sem terem que ir ou vir. Basta disporem de equipamento e internet, conectarem-se ao endereço eletrônico indicado no edital e enviarem as suas propostas e demais declarações que se fizerem necessárias, eximindo-se de quaisquer ônus financeiros.

Assim sendo, não há nada que impeça ou desaconselhe empresa ou pessoa do Sul do país a participar de licitação promovida na região Norte e vice-versa. Isso porque nenhum dos interessados na licitação terá que arcar com valores para deslocamento e hospedagem de preposto. Basta que acesse a internet e participe do pregão eletrônico a partir da sua sede, sem custo nenhum.

Dessa sorte, no Pregão Eletrônico fomenta-se a competitividade. Não só as empresas da região do lugar da licitação participam dela. Mas, com a facilidade dos recursos de tecnologia da informação, quaisquer interessados, de qualquer lugar do país, podem participar dela sem a necessidade de maiores investimentos. Basta acessarem a internet, que, é manifesto, encurta as distâncias, aproximando a AP de seus virtuais fornecedores. Isso faz com que mais pessoas participem do pregão eletrônico e, por consequência, a Administração receba mais propostas, tendo mais chances de escolher aquela que melhor satisfaça o interesse público, o que favorece a eficiência em contratos administrativos.

## 2.4 EVOLUÇÃO

Antes do advento da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988, as licitações públicas foram reguladas pelo Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, passando pelo Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986.

Porém, após a promulgação da Carta Magna, em 05 de outubro de 1988, o legislador constituinte consolidou na AP os princípios da supremacia do interesse público e da ilevidade do patrimônio público, consagrando vários princípios constitucionais básicos e correlatos, principalmente no Art. 5º e 37º, *caput* e inciso XXI, todos do texto constitucional.

Assim, a licitação pública que era instituto de Direito Administrativo foi elevada ao grau de princípio constitucional, estando consagrada no Art. 37, inciso XXI, CRFB:

“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:

Inciso XXI. ressalvados os casos específicos 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.”

Em 21 de junho de 1993 foi editada a Lei 8.666, denominada pela doutrina como Lei Geral de Contratações Públicas ou Estatuto das Licitações e Contratos, disciplinando os contratos administrativos, consagrando os princípios gerais autorizados na CRFB de 1988, baseados nos princípios encartados em seu Art. 37, *caput* e inciso XXI. O Estatuto das Licitações e Contratos foi alterado pelas Leis 8.883, de 8 de junho de 1994, 9.648, de 27 de maio de 1998 e 9.854, de 27 de outubro de 1999.

O Estatuto das Licitações e Contratos é a fonte legislativa primária reguladora das licitações públicas. A Lei 8.666/93 instituiu cinco modalidades de licitação: Concorrência, Tomada de Preços, Convite, Concurso e Leilão, definindo inclusive os princípios que regem as contratações através de dispensa e inexigibilidade de licitação.

Devido ao procedimento burocrático lento e muitas vezes oneroso, utilizado pela Lei Geral de Contratações Públicas, conjugado com o contexto de evolução das relações jurídicas da AP nas aquisições e contratações de bens e serviços de natureza comum com os particulares, verificou-se a necessidade de criar novos procedimentos mais céleres e eficazes.

Assim, foi instituída a Licitação na modalidade de Pregão, inicialmente de forma exclusiva para a ANATEL, criada pela Lei 9.472/97. Esta legislação foi impugnada em 20/08/98, por meio da propositura no STF, da Medida Liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.668/97, tendo como requerente o Partido Comunista do Brasil, o Partido dos Trabalhadores, o Partido Democrático Trabalhista e o Partido Socialista Brasileiro, sendo Relator o Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. O Supremo Tribunal Federal (STF) admitiu os efeitos da criação do Pregão, não suspendendo a eficácia de qualquer dispositivo questionado na Lei 9.472/97, admitindo a constitucionalidade desta legislação.

Posteriormente, a Lei 9.472/97 foi ampliada aos demais órgãos da Administração Pública Federal, pelo Poder Executivo, através da edição da MP nº 2.026, de 4 de maio de 2000, introduzindo o pregão como nova modalidade de licitação, sem promover alterações na Lei Federal 8.666/93.

Ao editar a MP nº 2.026/00, com força de lei, em caso que não era de relevância e urgência, o Poder Executivo usurpou a função própria do Poder Legislativo, prevista no Art. 62, CRFB de 1988.

A MP nº 2.026/00 foi regulamentada em 8 de agosto de 2000, com a edição do Decreto nº 3.555, aprovando o Regulamento para a modalidade de licitação Pregão para a aquisição de bens e serviços de natureza comum.

O Decreto 3.697, de 21 de dezembro de 2000, regulamentou o § único do Art. 2º da MP nº 2.026/00, tratando das normas e procedimentos para realização do Pregão Eletrônico.

O Pregão foi estendido aos demais entes federativos com a edição da Lei 10.520, de 17 de junho de 2002, visando dar celeridade e eficiência ao procedimento licitatório.

A Lei 10.520/02, em seu Art. 2º, previa que fosse instituída uma legislação específica sobre o Pregão, na forma eletrônica. Essa nova modalidade de licitação foi criada há cerca de dois anos, logo após os escândalos de corrupção no primeiro escalão do governo, envolvendo políticos e fornecedores. Naquele momento, a sociedade clamava por honestidade, dignidade, decência e transparência nos contratos firmados pela Administração Pública.

Assim, foi editada a legislação específica regulamentando o uso do Pregão Eletrônico através do Decreto 5.450/05, com a finalidade de criar normas especiais para a AP contratar com particulares. Porém, devido a grande pressão da mídia e de

toda população, esta lei foi criada e aprovada em pouco tempo. Conseqüentemente, existem muitas irregularidades nos procedimentos previstos nesta lei, contrariando os princípios constitucionais básicos e correlatos que norteiam as licitações públicas.

### 3. CONSTITUCIONALIDADE

Anteriormente, os Estados e Municípios estariam impedidos de utilizarem a nova modalidade, pelo fato do Art. 2º da MP 2.108, assim como o Art. 1º do Decreto 3.555/00, instituírem o Pregão no âmbito exclusivo da União, o que não foi mantido pela Lei 10.520/02.

A questão na época era resolvida na diferenciação das normas gerais nacionais e federais, sendo que na primeira, a União legislaria para todo o âmbito nacional, e na segunda, incidiria somente sobre o ente federativo União, subordinando todos os seus órgãos, tanto da Administração direta quanto da indireta.

O Pregão seria, portanto, norma geral federal, mas não haveria proibição para os Estados-Membros e Municípios caso quisessem utilizar tal modalidade.

A vedação consistiria numa tentativa de Estados ou Municípios de criarem uma nova modalidade de licitação, por força do Art. 22, §8º da Lei 8.666/93.

Quanto a isso, a maioria dos especialistas, como Marçal Justen Filho, Jessé Torres Pereira Junior e Toshio Mukai são categóricos em asseverar a possibilidade dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em adotarem, em suas licitações, a modalidade Pregão.

Mukai (2006), parte do pressuposto de que modalidade de licitação não é norma geral. No seu entendimento, versa sobre procedimento e não acerca de processo licitatório. De modo que a União, ao criar o Pregão somente para seu âmbito de atuação, o fez com fundamento no Art. 37, inciso XXI, da CRFB, e não no Art. 22, inciso XXVII, tratando-se de norma especial, de modo a que Estados, Distrito Federal e Municípios poderiam, igualmente, fazê-lo por leis específicas, até mesmo porque reconhece haver inconstitucionalidade no § 8º, do Art. 22, da Lei 8.666/93, o qual impede a criação de outras modalidades de licitação, além daquelas criadas pelo Estatuto Licitatório.

Pereira Júnior (2001, p. 31), entende ser o Pregão uma nova modalidade licitatória, e, como tal, sem sombra de dúvida, trata-se de disciplinação de norma geral. Observa-se seu entendimento: “De duas uma: ou a MP nº 2.026/00 quer reservar o uso da nova modalidade de licitação para a Administração federal, ou disse menos do que alvitriariam seus propósitos”.

E continua:

“Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não podem conceber e

praticar modalidades de licitação não previstas na legislação, porque disto proibidos por norma legal federal geral, com evidenciado amparo constitucional. Mas, uma vez criada a modalidade por norma federal, os demais entes da Federação não resultam impedidos de acolhê-la. A norma federal criadora do Pregão delimita o “âmbito da União” como o campo de aplicação obrigatória da nova modalidade, contudo não a veda para os demais entes da Federação.

Aceito que seja o caráter geral das normas federais sobre modalidades de licitação, a MP nº 2.026/00, ao dirigir-se exclusivamente à União, apenas não pretendeu impor o pregão às Administrações estaduais, distrital e municipais. O pregão passa a ser modalidade de uso obrigatório na Administração federal. Nada obsta o seu uso também no âmbito das demais Administrações. Esta será a melhor leitura da Medida.

Há ilação a extrair-se. Se, de um lado, as modalidades de licitação somente podem ser objeto de norma legal federal geral, vero é, de outro, que haveria aspectos procedimentais que poderiam ser objeto de normas legais locais, desde que conciliáveis com as normas gerais. Assim, o inteiro teor da MP nº 2.026/00 é de observância compulsória, *verbum ad verbum*, no âmbito de todos os órgãos e entidades integrantes da Administração federal. A modalidade criada estende-se ao uso das Administrações dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que poderão, mediante normas próprias, configurar pormenores procedimentais específicos ou suprir lacunas deixadas pela MP, desde que harmonizáveis com o tratamento que esta dispensou à matéria”.

Já Justen Filho (2000, p. 359), nota inconstitucionalidade na MP no que restringe o uso do Pregão à União, a saber:

“A opção de circunscrever a aplicação do pregão a contratações promovidas no âmbito federal é extremamente questionável. E inviável a União valer-se da competência privativa para editar normas gerais acerca de licitação cuja aplicação seja restrita à própria órbita federal. Isso importa uma espécie de discriminação entre os diversos entes federais. Essa alternativa é incompatível com o princípio da Federação, do qual deriva o postulado do tratamento uniforme interfederativo. Essa determinação consta do art. 19, inc. III, da CF/88. Por isso, deve reputar-se inconstitucional a ressalva contida no art. 1º, admitindo-se a adoção da sistemática do pregão também por outros entes federativos”.

Portanto, o Professor Justen Filho, entende que havia inconstitucionalidade na ressalva da MP que restringe o uso do pregão à União, cabendo, por conseqüência, a sua adoção por Estados, Distrito Federal e Municípios.

Toma, portanto, possível aos Municípios a adoção da modalidade licitatória do pregão, o que se fará por lei própria.

É o que se lê no texto, mas não o que se extrai da doutrina jurídica mais especializada, bem como da prática desenvolvida durante o vigor da MP. Pode-se afirmar que desde a edição da primeira MP, instituindo o Pregão, em maio de 2000, diversos Estados e Municípios se arvoraram no direito de executar compras e contratar serviços comuns por intermédio desse procedimento, tendo atingido resultados extremamente satisfatórios, com ganhos consideráveis para o erário público.

### 3.1 Os Princípios Constitucionais que regem o Pregão Eletrônico

Eles podem ser básicos e correlatos.

#### 3.1.1 Princípios básicos do Pregão Eletrônico

O Pregão Eletrônico é o procedimento administrativo no qual a AP seleciona a melhor proposta ofertada na internet pelos participantes, objetivando a igualdade dos participantes, conforme os critérios previamente estabelecidos no edital, visando a eficiência e a moralidade administrativa na contratação de obras ou a aquisição de bens de natureza comum.

A CRFB de 1988 determinou no Art. 37, *caput* e inciso XXI, a regra da obrigatoriedade da licitação, com o objetivo de preservar os princípios básicos que regem o Pregão Eletrônico, ou seja, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, da igualdade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

1

O princípio da legalidade, previsto no Art. 5º, II e Art. 37, *caput*, ambos da CRFB de 1988, é o princípio basilar de toda a atividade administrativa, pois, a realização dos procedimentos da licitação devem ser processados em conformidade com a lei, afastando a atuação subjetiva do agente público<sup>2</sup>. Assim, nota-se que o administrador público só está autorizado a fazer o que a lei autoriza, diferentemente do particular, que pode realizar tudo aquilo que a lei não proíba.

É através desse princípio que aplica-se o devido processo legal, uma vez que a AP escolhe a proposta mais vantajosa através dos critérios legais impostos no Decreto 5.450/05, na Lei 10.520/02 e subsidiariamente na Lei 8.666/93.

Observa-se que o princípio constitucional da legalidade associa-se com a própria função administrativa, atuando sem finalidade própria, porém, respeitando a finalidade que a lei determina, preservando a ordem jurídica.

O princípio constitucional da impessoalidade está previsto no Art. 37, *caput* da Carta Magna de 1988. Esse princípio está intimamente ligado ao princípio da

---

<sup>1</sup> FONSÊCA, Marco Adriano Ramos. *Pregão Eletrônico: Uma Análise de sua Aplicabilidade e sua Eficácia na Administração Pública Federal*. São Paulo: Impactus, 2008, p. 131.

<sup>2</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 201.

legalidade, pois, o administrador público deve pautar sua conduta pelos ditames da ética.

A impessoalidade dos atos administrativos é pressuposto do princípio da supremacia do interesse público. Afinal, o princípio da impessoalidade é o princípio da finalidade, ou seja, é a imposição que o administrador público só pratique o ato de acordo com o objetivo da norma.

O princípio da moralidade está previsto no Art. 37, *caput*, Lei Maior de 1988, está relacionado aos valores dos agentes públicos, tais como: honestidade, boa-fé e decoro<sup>3</sup>.

A moralidade administrativa está associada à legalidade, devendo o agente público pautar sua conduta de acordo com o princípio da razoabilidade, objetivando a justiça. Afinal, a moralidade constitui pressuposto de validade do ato administrativo, logo, se a conduta do agente público é imoral, ela deve ser invalidada<sup>4</sup>.

O princípio da publicidade está previsto no Art. 37, *caput*, da CRFB de 1988, impondo a divulgação no Diário Oficial ou através de publicação na internet para divulgação dos atos públicos referente às licitações públicas. Obriga ainda a disponibilidade de acesso aos interessados da existência e do conteúdo dos certames licitatórios.

Esse princípio constitucional visa a participação do maior número possível de interessados, além de possibilitar a fiscalização dos atos administrativos, podendo qualquer cidadão denunciar irregularidades e solicitar instauração de investigações para apurar se a atividade administrativa está em conformidade com a lei, permitindo os recursos cabíveis além das ações judiciais próprias.<sup>5</sup>

O princípio constitucional da eficiência foi acrescentado no Art. 37, *caput*, da CRFB de 1988, com a edição da Emenda Constitucional nº 19/98, terminando com as divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre sua existência implícita e sua aplicabilidade integral.

Antes da edição da Emenda Constitucional 19/98, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já reconhecia a existência desse princípio constitucional, afirmando que a Administração pública devia orientar-se pelos princípios constitucionais da

---

<sup>3</sup> FONSÊCA, op.cit, p. 133.

<sup>4</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.312.

<sup>5</sup> MORAES, op.cit, p.312.

legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, devendo ainda observar a eficiência, sendo que este último princípio tinha como finalidade alcançar resultado de interesse público<sup>6</sup>.

O princípio da eficiência também chamado pela jurisprudência de objetivo da eficiência, impõe ao agente público a perseguição constante pelo bem comum, além da realização de suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento profissional, exigindo resultados satisfatórios, visando o atendimento das necessidades públicas.

São características básicas do princípio constitucional da eficiência: o direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, imparcialidade, neutralidade, transparência, participação e aproximação dos serviços públicos da população, eficácia, desburocratização e busca da qualidade.

O princípio constitucional da igualdade está consagrado no Preâmbulo da CRFB de 1988 e em seu Art. 37, inciso XXI. Este princípio está totalmente interligado aos demais princípios constitucionais citados anteriormente, uma vez que a Carta Maior de 1988 estabelece à AP o tratamento igualitário entre os pregoantes, vedando diferenciações arbitrárias passíveis de causar privilégios e favoritismos.

O princípio da igualdade em perfeita compatibilidade com a Constituição Federal de 1988, determina que os desiguais sejam tratados de forma desigual, buscando o equilíbrio das relações jurídicas.

O Supremo Tribunal Federal (STF) apontou a tríplice finalidade limitadora do princípio constitucional da igualdade, sendo esta limitação imposta ao legislador, ao intérprete ou autoridade pública e ao particular.<sup>7</sup> Assim, o administrador público fica adstrito à aplicação da lei maneira isonômica, não permitindo desigualdades arbitrárias.

O princípio constitucional da probidade administrativa está previsto no Art. 37, inciso XXI, Carta Maior de 1988, sendo derivado do princípio constitucional da moralidade. Explica-se que o primeiro princípio constitucional está estritamente relacionado com o segundo através dos valores que norteiam a moralidade administrativa, isto é, a honestidade e a seriedade, logo, a Administração Pública deve pautar sua conduta nos procedimentos administrativos pelos ditames da lisura

---

<sup>6</sup> STJ – 6ª T. – RMS nº 5.590/95-DF – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, *DJ*, Seção I, 10 jun.1996, p.20.395.

<sup>7</sup> STF – Pleno – MI nº 58/DF – Rel. p/Acórdão Min. Celso de Mello, *DJ*, Seção I, 19 abr. 1991, p.4.580.

e da transparência contratual, investindo as verbas públicas em conformidade com o interesse público.

O princípio da probidade administrativa veda a obtenção de vantagens econômicas para os participantes do certame ou para a própria AP, este princípio visa acima de tudo a preservação do interesse público.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório está consagrado no Art. 37, inciso XXI, CRFB de 1988, determina que o edital é lei entre as partes, vinculando os pregoantes e a AP aos seus termos, obrigando-os a cumprir fielmente o edital em todas as fases do pregão eletrônico.

O princípio constitucional do julgamento objetivo está previsto no Art. 37, inciso XXI, Carta Maior de 1988, está totalmente interligado ao princípio anterior, pois, trata-se da aplicação lógica do mesmo, na qual as partes estão vinculadas aos termos do edital, dentro de critérios claros e objetivos e previamente descritos no instrumento convocatório. Assim, é vedado ao administrador público o julgamento baseado em critérios subjetivos ou não previstos no edital.

### 3.1.2 Princípios correlatos do Pregão Eletrônico

Os princípios correlatos do pregão eletrônico são: a celeridade, a finalidade, a razoabilidade, a proporcionalidade, a obrigatoriedade, a competitividade, o justo preço, a seletividade e comparação das propostas, e a interpretação em favor da ampliação da disputa dos interessados.

Os princípios correlatos derivam dos princípios básicos, logo, inúmeros princípios encontram-se regulados apenas na legislação infraconstitucional, ou seja, na legislação específica que regulamenta o uso do pregão eletrônico (Decreto 5.450/05) e na Lei Geral de Contratações Públicas (Lei 8.666/93). Dessa forma, explica-se que somente os princípios correlatos da razoabilidade, da obrigatoriedade, da competitividade, da seletividade e comparação das propostas, e da interpretação em favor da ampliação da disputa dos interessados, são princípios constitucionais previstos no Art. 37, inciso XXI, Carta Magna de 1988. Logo, somente esses princípios correlatos são objeto de estudo do presente trabalho.

Todavia, os princípios da celeridade, da finalidade, da proporcionalidade e do preço justo não são princípios constitucionais, logo, não são o foco do presente trabalho acadêmico. Desta maneira, os princípios correlatos que não são de natureza constitucional serão tratados neste artigo jurídico de maneira sucinta,

objetivando fundamentar as causas da não observância de alguns princípios constitucionais e embasar a conclusão do presente trabalho.

O princípio constitucional correlato da razoabilidade foi criado com o objetivo do intérprete ponderar sobre os conflitos existentes entre os princípios constitucionais, preservando sempre a supremacia do interesse público secundário, ou seja, o interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluindo-se os da Fazenda Pública deverão prevalecer sobre os interesses dos particulares, conhecidos como interesse público primário. O julgador deverá utilizar-se dos valores da justiça, da segurança jurídica e do bem-estar social<sup>8</sup>.

O princípio constitucional correlato da obrigatoriedade estabelece que as licitações públicas obrigatoriamente serão realizadas mediante licitação pública, exceto nos casos previstos em lei. Atualmente, o Pregão Eletrônico é utilizado apenas para contratação de bens e serviços de natureza comum, não englobando as obras e os serviços não previstos no Anexo II do Decreto 3.555/00.

O princípio constitucional correlato da competitividade é decorrente do princípio constitucional da igualdade, estabelecendo a ampliação da disputa entre os participantes de forma igual.

O princípio constitucional correlato da seletividade e comparação das propostas é decorrente dos princípios constitucionais básicos da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, objetivando a escolha da proposta dentro dos critérios objetivos previstos no edital. Também está relacionado com o princípio constitucional correlato da competitividade.

O princípio constitucional correlato da interpretação em favor da disputa dos interessados está totalmente ligado ao princípio constitucional correlato da competitividade, consagrando que os fatores objetivos utilizados pela AP não frustrem ou restrinjam o caráter competitivo da licitação, preservando os princípios constitucionais básicos da isonomia, da segurança jurídica e da supremacia do interesse público, além do princípio de natureza não constitucional, da finalidade.

Neste momento, aborda-se de forma breve os princípios constitucionais correlatos que não são de índole constitucional.

---

<sup>8</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 58.

O princípio correlato da celeridade é um desdobramento do princípio constitucional básico da eficiência, pois, visa um procedimento mais simples e rápido em relação às demais modalidades de licitação<sup>9</sup>.

O princípio correlato da finalidade está contido no princípio constitucional básico da legalidade, pois corresponde à aplicação da lei. Este princípio está relacionado com o princípio constitucional básico da impessoalidade e da supremacia do interesse público.

O princípio correlato da proporcionalidade é decorrente de outro princípio correlato, o da razoabilidade. Este último exige que a discricionariedade do agente público seja pautada no interesse público. O primeiro exige que os meios utilizados para alcançar os fins almejados estejam em conformidade com a supremacia do interesse público.

O princípio correlato do preço justo estabelece que a AP selecione a proposta mais vantajosa economicamente, isto é, a de menor preço e compatível com o preço de mercado<sup>10</sup>.

Diante da relativização dos princípios constitucionais, alguns destes não estão sendo preservados.

### **3.2 Princípios Constitucionais violados no Pregão Eletrônico e suas causas**

É importante salientar que os princípios constitucionais não são absolutos, são meios do intérprete usá-los na aplicação prática da lei, ponderando sobre os bens jurídicos em conflito, impedindo o sacrifício total de um princípio em relação ao outro. Assim, não restam dúvidas que os princípios constitucionais são relativos, devendo a lei ser aplicada em conformidade com o significado da norma e com a finalidade da Carta Magna de 1988, utilizando-se como vértices os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Desta forma, fica claro que uma das causas de alguns princípios constitucionais não está sendo preservada. Em se tratando do Pregão Eletrônico, a causa não preservada é a relatividade destes<sup>11</sup>.

A ausência de conhecimento constitucional e legal dos pregoeiros aliados à sua ausência de capacidade técnico-operacional também é fator determinante para

---

<sup>9</sup> FONSÊCA, op. cit, p.140.

<sup>10</sup> FONSÊCA, op. cit, p.142.

<sup>11</sup> BARROSO, op. cit., p. 58.

a violação de alguns princípios constitucionais que regem o pregão eletrônico. A Administração Pública precisa investir mais na capacitação de sua mão-de-obra, objetivando alcançar o princípio constitucional da eficiência, previsto no Art. 37, *caput*, Carta Magna de 1988.

O objetivo político do governo federal de economizar milhões anualmente também pode ser visto como causa para os princípios constitucionais que regem o Pregão Eletrônico estarem sendo violados. Explica-se que pela aplicação do princípio constitucional da razoabilidade, a economia está se sobrepondo sobre ao princípio constitucional básico da eficiência, uma vez que a Administração Pública não está preocupada com a qualidade dos produtos e serviços oriundos de contratos feitos com os particulares, muito menos com o atendimento às especificações do edital, contrariando também os princípios constitucionais básicos da vinculação ao instrumento convocatório e da igualdade, previstos, respectivamente, no Art. 37, XXI e no Preâmbulo, ambos da Carta Magna de 1988<sup>12</sup>.

Sabendo-se que o princípio correlato da celeridade não é constitucional e é um desdobramento do princípio constitucional da eficiência, previsto no Art. 37, *caput*, Carta Política de 1988, visando um procedimento administrativo mais simples e rápido, não é admissível pela aplicação do princípio constitucional da razoabilidade que a celeridade seja mais importante que a eficiência, pois aquela decorre desta. Assim, fica claro, que primeiramente deve ser perseguido o princípio constitucional da eficiência, sendo a celeridade apenas um meio para alcançá-la e não a finalidade do pregão eletrônico.

Observa-se também que o princípio constitucional correlato da competitividade fica mitigado, pois os agentes públicos deixam de observar as especificações técnicas contidas no edital, observando apenas o menor preço ofertado pelos pregoantes. A competitividade torna-se desigual, pois alguns participantes concorrem ofertando bens e serviços de preço inferior que não atendem às especificações técnicas, em contrapartida outros pregoantes oferecem produtos e serviços compatíveis com o especificado no edital, conseqüentemente, mais caros. Fica claro, que neste caso, também há flagrante desrespeito ao princípio constitucional básico da igualdade, previsto no Preâmbulo da CRFB de 1988 e em seu Art. 37, inciso XXI.

---

<sup>12</sup> BARROSO, op. cit., p. 58.

Explica-se que o princípio correlato da finalidade, contido no princípio constitucional basilar da legalidade, previsto no Art. 5º, inciso II e Art. 37, *caput*, ambos da CRFB de 1988 é o pressuposto básico da atividade administrativa, devendo a realização dos procedimentos administrativos do Pregão Eletrônico ser processada em conformidade com a lei e com os princípios básicos da impessoalidade e da supremacia do interesse público.

O governo federal quer transmitir internacionalmente uma falsa imagem de que as contratações públicas no Brasil são transparentes e céleres, tornando as aquisições mais econômicas, pois o Banco Mundial de Desenvolvimento investe mais dinheiro nos países com este perfil. Porém, ressalta-se que nenhum objetivo político pode sobrepor-se aos princípios constitucionais, pois estes são o vértice do nosso ordenamento jurídico.

O governo federal objetivando disfarçar essas flagrantes violações aos princípios constitucionais que regem o Pregão Eletrônico, editou a Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, estabelecendo normas gerais de tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, especialmente no que se refere ao acesso ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos no Pregão Eletrônico, conforme o Art. 1º, inciso III, do citado diploma legal.

Explica-se que o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte nas compras públicas, previsto na Lei Complementar 123/06, já está sendo objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal<sup>13</sup>, motivada pelas divergências doutrinárias quanto à constitucionalidade do citado diploma legal, pois, há entendimentos que esta legislação viola o princípio constitucional básico da igualdade, previsto no Preâmbulo da Carta Magna de 1988, o princípio constitucional correlato da competitividade e o princípio constitucional correlato da interpretação em favor da disputa dos interessados, consagrados no Art. 37, inciso XXI, CRFB de 1988.

Tal entendimento doutrinário é razoável, uma vez que o princípio constitucional correlato da interpretação em favor da disputa dos interessados decorre do outro princípio constitucional correlato da competitividade. Este último,

---

<sup>13</sup> STF – Pleno – ADI 3906/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

por sua vez, é decorrente do princípio constitucional básico da igualdade, objetivando este vínculo tríplice entre os princípios constitucionais, e também a ampliação da competição entre os participantes de forma igualitária.

Outro fator que gera a violação de alguns princípios constitucionais no pregão eletrônico é a utilização de meios de tecnologia, ou seja, a internet. Explica-se que o legislador criou o uso da internet pelos participantes do Pregão Eletrônico, porém, a Administração Pública Federal, através do Ministério do Orçamento, Planejamento e Gestão (MPOG), criou e implantou o sistema eletrônico que é utilizado pela grande maioria dos órgãos públicos que contratam através desta modalidade de licitação.

Logo, o objetivo legal de cumprir os princípios constitucionais da igualdade e da competitividade muitas vezes não é alcançado, pois, a forma como o sistema foi criado e como são executados os Pregões Eletrônicos, muitas vezes, não permite que os pregoantes participem de forma igual e competitiva, pois, não há acesso direto à principal informação para o competidor, ou seja, o menor preço ofertado pelos concorrentes, sendo necessário visualizar outra página virtual que esconde o verdadeiro menor preço oferecido em tempo real.

Durante a sessão pública do pregão eletrônico, todos os participantes podem dar lances pela internet, sendo vedada a identificação dos pregoantes. O pregoeiro decide o momento no qual a sessão pública será encerrada, encaminhando aviso de iminência dos lances, seguido da etapa do encerramento aleatório que transcorrerá até o período de trinta minutos após o início desta etapa, findo o qual será encerrada a etapa de lances.

Explica-se que o poder discricionário do pregoeiro ao determinar o momento e o tempo do encerramento aleatório é imenso, configurando a busca desenfreada pelo princípio da celeridade, que não é de índole constitucional, contrariando os princípios constitucionais da eficiência, consagrado no Art. 37, *caput*, CRFB de 1988 e da igualdade, previsto no Preâmbulo da Carta Magna.

Nota-se que o legislador infraconstitucional, ao editar o Decreto nº 5.450/05, legislação específica sobre o uso do Pregão Eletrônico, visava preservar os princípios constitucionais que regem esta modalidade de licitação. Contudo, o Poder Executivo ao criar e implantar o sistema eletrônico do sítio *comprasnet*, o mais utilizado pela AP, não o fez em perfeita conformidade com o citado Decreto e principalmente, contrariou os princípios norteadores das licitações públicas, previstos na CRFB de 1988.

Explica-se que no Pregão Eletrônico a aplicação do princípio constitucional do devido processo legal, derivado do princípio constitucional básico da legalidade, previsto no Art. 5º, inciso II e no Art. 37, *caput*, ambos da CRFB de 1988, está sendo mitigada, uma vez que, o participante, ao sentir-se prejudicado com a decisão do Pregoeiro, deverá de forma imediata e motivada, ao ser declarado o vencedor, manifestar sua intenção de recorrer, em campo próprio do sistema eletrônico, pois a falta de manifestação imediata e motivada do licitante quanto à intenção de recorrer importará na decadência desse direito.

Ressalta-se que o pregoeiro não está obrigado a aceitar a motivação do pregoante, podendo negar-lhe o direito de recurso, caso entenda, através do seu poder discricionário, que a fundamentação do participante não está devidamente fundamentada. Assim, fica claro que o direito ao devido processo legal, previsto no Art. 5º, inciso II e no Art. 37, *caput*, ambos da CRFB de 1988, está sendo flagrantemente violado.

O tempo concedido para o participante motivar sua intenção não está previsto na legislação específica. Logo, o pregoeiro não está vinculado à lei. Ressalta-se que o tempo disponível será utilizado para todos os itens simultaneamente, porém o pregoante terá que fundamentar o seu interesse por cada item. Assim, este agente público usa o seu poder discricionário, decidindo, por exemplo, que para 300 (trezentos) itens, os participantes terão apenas 2 (dois) minutos para apresentar sua motivação fundamentada para cada item, sob pena de não ser aceito pelo próprio.

Caso o pregoeiro negue o direito de recurso do pregoante ou delimite tempo incompatível para o participante motivar a sua intenção recursal, este fica autorizado a adjudicar o objeto ao licitante declarado vencedor, conforme o Art. 26, § 1º, Decreto 5.450/05. Não restam dúvidas que este poder discricionário do agente público contraria flagrantemente o princípio constitucional do devido processo legal, previsto no Art. 5º, inciso II e Art. 37, *caput*, ambos da Carta Maior de 1988, não permitindo que o pregoante tenha o direito de acesso à justiça.

Lembra-se que é por meio do devido processo legal que a AP escolhe a proposta mais vantajosa, devendo estar em perfeita concordância com os princípios constitucionais e com os critérios legais objetivos.

Desta forma, fica claro que na esfera administrativa está sendo violado facilmente o princípio constitucional da legalidade, mais precisamente, o princípio do devido processo legal, consagrado no Art. 5º, inciso II e no Art. 37, *caput*, ambos da

Carta Maior de 1988. Neste caso, o princípio da legalidade, base da existência do Estado de Direito, prevê o princípio do livre acesso ao Judiciário, previsto no Art. 5º, inciso XXXV, CRFB de 1988.

Ressalta-se que inexiste a obrigatoriedade de exaustão da esfera administrativa para ingressar com a ação judicial, pois, seria verdadeiro obstáculo a garantia constitucional da utilização do Poder Judiciário para apreciar a lesão ou ameaça de direito violado<sup>14</sup>. Porém, se houver recurso administrativo hierárquico com efeito suspensivo, só será possível ingressar com ação judicial após o esgotamento da via administrativa. Explica-se que os recursos administrativos hierárquicos no pregão eletrônico possuem efeito suspensivo parcial, ou seja, o processo continua normalmente para os atos insuscetíveis de serem atingidos pelo recurso, suspendendo-se apenas aqueles que foram atingidos pelo recurso.

Logo, fica claro, que tratando-se de Pregão Eletrônico só é possível acessar a via judicial após o esgotamento da esfera administrativa. Esclarece-se que o Poder Judiciário não pode rever o mérito, ficando adstrito à verificar a legalidade do ato administrativo. Desta forma, o administrador público detém a discricionariedade do ato, ou seja, o direito de decidir sobre o mérito, baseado no princípio constitucional da supremacia do interesse público.

É óbvio que a não observância do princípio constitucional do devido processo legal também atinge o princípio constitucional básico da impessoalidade, previsto no Art. 37, *caput*, Carta Magna de 1988, uma vez que ambos estão totalmente interligados.

Explica-se que esta violação é lógica, pois, a discricionariedade do agente público ao decidir sobre o tempo disponível para motivar a intenção recursal e efetivamente aceitá-la é muito grande. Ressalta-se que este agente público tem o poder de estabelecer o tempo que o participante terá para motivar a sua intenção de recurso na via administrativa, podendo, neste caso, se quiser favorecer outro participante, não agindo pelos ditames da ética. Assim, fica fácil perceber que diante de tamanho poder discricionário, o agente público pode agir contrariando também os princípios constitucionais básicos da moralidade, previsto no Art. 37, *caput*, Carta Magna de 1988 e o da probidade administrativa, consagrado no Art. 37, inciso XXI, Carta Maior de 1988, bastando não conduzir seus atos com base na honestidade,

---

<sup>14</sup> MORAES, op. cit, p. 103.

na seriedade, na boa-fé e no decoro. Desse modo, contrariando também o princípio da supremacia do interesse público.

É importante ressaltar que ocorrerão conseqüências provenientes da não-observância dos princípios constitucionais no pregão eletrônico para a sociedade e para a AP.

### **3.3 Os Efeitos Jurídicos da inobservância dos Princípios Constitucionais que regem o Pregão Eletrônico para a Sociedade e para a Administração Pública**

#### **3.3.1 Efeitos jurídicos para a sociedade**

É primordial avaliar quais são os efeitos jurídicos para a sociedade decorrentes da inobservância dos princípios constitucionais no Pregão Eletrônico para a sociedade.

Primeiramente, é importante lembrar que nenhuma modalidade de licitação, inclusive o Pregão Eletrônico, poderá deixar que a perseguição pela celeridade sobreponha-se aos princípios constitucionais<sup>15</sup>. Afinal, a maioria dos princípios que regem o Pregão Eletrônico são de natureza constitucional, logo, os pilares que sustentam o regime democrático e o Estado de Direito.

O Pregão Eletrônico é considerado pelo governo federal como um procedimento administrativo inovador, objetivando a celeridade nas contratações públicas. Ressalta-se que à partir desta premissa básica, pela busca desenfreada pela celeridade, configurou-se na AP a violação aos princípios constitucionais da legalidade, moralidade, da eficiência, da igualdade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, obrigatoriedade e da seletividade e comparação das propostas.

Dessa forma, é essencial que a sociedade através de seus cidadãos, observe se os procedimentos administrativos dos pregões eletrônicos estão sendo fielmente cumpridos, ou seja, se os princípios constitucionais não estão sendo violados.

A sociedade através de seus cidadãos exerce grande poder de fiscalização nas atividades administrativas, inclusive no Pregão Eletrônico, pois estes podem

---

<sup>15</sup> TOLOSA FILHO, Benedicto de. *Pregão. Uma Nova Modalidade de Licitação*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 13-14.

propor Ação Popular, visando anular ato ilegal ou imoral e lesivo ao patrimônio público, conforme determina o Art. 5º, inciso LXXIII, Constituição Cidadã de 1988<sup>16</sup>.

A Ação Popular é uma forma do povo exercer a soberania popular, ou seja, fiscalizar o Poder Público, baseia-se no princípio constitucional da legalidade, previsto no Art. 5º, inciso II e no Art. 37, *caput*, ambos da Carta Magna de 1988 e no conceito que a *res pública* (República) é patrimônio do povo<sup>17</sup>. Essa ação constitucional é um meio do cidadão exercer em nome próprio a defesa de um direito próprio, participando da vida política do Estado.

A propositura da Ação Popular pode ser preventiva ou repressiva, não sendo obrigatório o esgotamento da via administrativa para o seu ajuizamento. A legislação específica que regula a Ação Popular, Lei nº 4.717/65, prevê a possibilidade da propositura deste meio constitucional para os Pregões Eletrônicos cujos procedimentos administrativos contenham vício formal, objeto ilegal, inexistência de fundamentação, desvio de finalidade e emanados por autoridade incompetente. Esses atos administrativos lesivos ao patrimônio público são considerados nulos.

As conseqüências jurídicas da procedência da Ação Popular são: a invalidade do ato ou contrato impugnado; condenação em perdas e danos das pessoas jurídicas de direito público e privado, autoridades, funcionários e administradores, responsáveis e beneficiários pela prática ou autorização do ato ou contrato impugnado, conforme o Art. 2º, Lei 4.717/65; condenação dos réus às custas, despesas e honorários advocatícios, conforme o Art. 12, Lei 4.717/65 e, produção de efeitos *erga omnes* da sentença que faz coisa julgada, de acordo com o Art. 18, Lei 4.717/65. Logo, é uma forma de punir os administradores públicos e as empresas privadas beneficiadas do ato ilegal que contraria os princípios constitucionais.

As conseqüências jurídicas da improcedência sem fundamentos da Ação Popular serão a validade do ato impugnado, produzindo efeitos *erga omnes* da sentença que faz coisa julgada, de acordo com o Art. 18, Lei 4.717/65 e o autor ficará isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência, salvo se comprovada má-fé deste.

---

<sup>16</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*. 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 87.

<sup>17</sup> MORAES, op. cit, p. 192.

Todavia, a primeira consequência jurídica da improcedência por ausência de provas na Ação popular, será a validade do ato impugnado, não produzindo efeitos *erga omnes*, pois, será possível propositura de nova Ação Popular com o mesmo objeto e fundamento, de acordo com o Art. 18, Lei 4.717/65. Tal efeito baseia-se no princípio da supremacia do interesse público, no princípio da legalidade, no princípio da moralidade e no princípio processual da busca da verdade real. Outro efeito jurídico será a isenção de custas judiciais e ônus da sucumbência para o autor da Ação Popular, conforme o Art. 18, Lei 4.717/65<sup>18</sup>.

Não se pode deixar de mencionar que se o autor que ingressou com a Ação Popular, desistir da ação ou der motivo à absolvição, será publicado edital assegurando que qualquer cidadão venha a substituí-lo, no prazo de noventa dias. Porém, se não houver outro cidadão para promover o prosseguimento da Ação Popular, o Ministério Público deixará de atuar como *custus legis* e passará a figurar na ação como parte autônoma, preservando a regularidade processual e a responsabilização nas esferas civil e criminal dos responsáveis e beneficiários pela prática do ato ilegal e lesivo ao patrimônio público, inclusive, manifestando-se quanto ao mérito, com total independência funcional, conforme determina o Art. 127, § 1º, CRFB de 1988.

Os órgãos de controle exercem papel fundamental no controle externo da atividade administrativa, pois, estes possuem a competência de julgar as contas dos administradores públicos e responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos e os pregoantes beneficiários das licitações públicas, aplicando-lhes as sanções previstas em lei, em caso de violação ao princípio da legalidade.

Explica-se que são órgãos de controle externo: o Tribunal de Contas da União (TCU), exercendo as competências previstas no Art. 71, incisos II, VIII, IX, XI, § 1º, Art. 73 e Art. 96, todos da CRFB de 1988; o Tribunal de Contas dos Estados e do Distrito Federal e o Tribunal de Contas dos Municípios, exercendo as competências estabelecidas no Art. 75, Carta Maior de 1988.

Além das atribuições previstas na CRFB, várias outras têm sido conferidas ao Tribunal por meio de leis específicas. Destacam-se entre elas, as atribuições conferidas aos Tribunais de Contas pela Lei de Licitações e Contratos, conferindo-lhes o dever de fiscalizar e responsabilizar publicamente os agentes e

---

<sup>18</sup> RDA 107/180; 113/213; 129/290.

administradores públicos, além dos particulares que se comportem de modo inidôneo.

Assim, fica claro que o primeiro efeito jurídico da inobservância dos princípios constitucionais no pregão eletrônico, aplicados pelos Tribunais de Contas da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios é punir os agentes e administradores públicos cujas contas tenham sido julgadas irregulares, inabilitando-os para o exercício da função pública e promovendo o ressarcimento do prejuízo ao erário público resultante de perda, extravio ou outra irregularidade, conforme o Art. 71, inciso II, CRFB de 1988.

Outro efeito jurídico da inobservância dos princípios constitucionais no pregão eletrônico, aplicados pelos Tribunais de Contas é a suspensão do direito de contratar com a Administração Pública pelos pregoantes considerados inidôneos, promovendo o ressarcimento do prejuízo ao erário público resultante de perda, extravio ou outra irregularidade, conforme o Art. 71, inciso II, CRFB de 1988, além de multa proporcional ao dano causado ao erário público.

Na hipótese de contrato, cabe ao Congresso Nacional a sustação do ato, que solicitará ao Poder Executivo as medidas cabíveis. Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, nenhuma providência adotar, o Tribunal decidirá a respeito, conforme o Art. 71, § 1º, Constituição Federal de 1988.

### 3.3.2 Efeitos jurídicos para a Administração Pública

É primordial verificar os efeitos jurídicos da não-observância dos princípios constitucionais no pregão eletrônico para a AP.

O Enunciado de Súmula 473 do STF aduz que a AP deve anular os seus atos administrativos que contenham vícios de legalidade, pois dele não se originam direitos. Caso os atos sejam motivados por conveniência e oportunidade, a AP deve revogá-los, pois, serão respeitados os direitos adquiridos. Porém, em ambos os casos, fica ressalvada a apreciação judicial.

A anulação do Pregão Eletrônico deve ser decretada quando tiver vício de legalidade, ou seja, contrariedade a algum princípio constitucional. Esta anulação pode ser decretada pela própria AP, conforme o Enunciado de Súmula 346 do STF.

É importante explicar que a anulação do ato administrativo, induz à invalidação do contrato, pois é ato vinculado e trata-se de ato nulo e este não

convalesce. A invalidação do ato ilegal produz efeitos jurídicos *ex tunc*, podendo comprometer todo o procedimento licitatório.

Não há obrigatoriedade de indenizar o particular, somente se o contratado tiver executado parte do contrato antes da decretação de invalidação do ato administrativo. Porém, se o particular concorrer ou der causa sozinho à invalidação do ato administrativo, não cabe indenização.

Primeiramente, não se pode deixar de destacar que o princípio da legalidade, consagrado nos Art. 5º, inciso II e Art. 37, *caput*, ambos da CRFB de 1988, é o princípio básico que rege a AP, demonstrando a intenção do legislador constituinte, ou seja, o administrador público só pode fazer o que a lei autoriza e o particular pode fazer tudo o que a lei não proíba. Caso contrário, o ato será ilegal, devendo ser anulado por provocação de terceiros ou de ofício pela AP

Assim, fica claro que a validade do ato administrativo emanado pela AP está condicionado ao princípio constitucional da legalidade. Deste princípio constitucional básico deriva o princípio do devido processo legal, no qual o administrador público ao escolher a proposta mais vantajosa, fica adstrito aos critérios legais objetivos previstos no Decreto 5.450/05 (legislação específica que regulamenta o uso do Pregão Eletrônico), na Lei 10.520/02 (legislação específica sobre a instituição da modalidade de Pregão) e subsidiariamente na Lei 8.666/93 (Estatuto das Licitações e Contratos).

Através do princípio constitucional básico do devido processo legal, o administrador público não pode pautar sua conduta em critérios subjetivos. A legalidade do ato associa-se a própria função administrativa em concordância com a finalidade que a lei estabelece. Assim, se o ato for ilegal deverá ser anulado.

O princípio constitucional básico da impessoalidade, consagrado no Art. 37, *caput*, Carta Magna de 1988, está ligado ao princípio constitucional básico da igualdade e da legalidade, uma vez que o administrador público tem que agir com ética.

Este princípio é pressuposto de validade do ato administrativo, pois, é chamado de princípio da finalidade administrativa. Assim, se o administrador público não agir de acordo com o princípio da supremacia do interesse público, utilizando-se de critérios subjetivos, objetivando trazer favorecimento ao particular e a si próprio, o ato estará viciado, devendo ser anulado.

O princípio constitucional básico da moralidade, estabelecido no Art. 37, *caput*, Carta Maior de 1988, está ligado ao princípio constitucional básico da legalidade, determinando como vértices da conduta do administrador público, os valores da honestidade, da boa-fé e do decoro. Logo, o agente público deve agir de acordo com o princípio da razoabilidade, primando pela justiça. Desta forma, se o administrador público pautar sua conduta de forma imoral, o ato deverá ser anulado porque a moralidade administrativa constitui pressuposto de validade do ato.

O princípio constitucional básico da publicidade, previsto no Art. 37, *caput*, CRFB de 1988, determina a ampla divulgação e acesso dos editais, seus conteúdos e de todos os atos administrativos que compõem o procedimento administrativo no Pregão Eletrônico. Assim, se este princípio constitucional for violado este ato eivado de ilegalidade, deverá ser anulado.

O princípio constitucional básico da eficiência é a finalidade precípua da AP. Após a edição da Emenda Constitucional nº 19/98, à eficiência foi elevada à categoria de princípio constitucional, sendo acrescentado no Art. 37, *caput*, CRFB de 1988. A propósito, a tensão entre a eficiência, de um lado, e a legitimidade democrática, de outro, é uma das marcas da AP na atualidade.

O princípio da eficiência também é chamado pela jurisprudência de objetivo da eficiência porque impõe ao administrador público a busca pela supremacia do interesse público, exigindo resultados satisfatórios para a sociedade e o atendimento ao bem comum. Caso os procedimentos administrativos não estejam em perfeita conformidade com a efetividade do bem comum, a imparcialidade, a neutralidade, a transparência, a eficácia e a busca pela qualidade, estes atos deverão ser anulados por ilegalidade.

O princípio constitucional básico da igualdade está previsto no Preâmbulo da CRFB de 1988 e em seu Art. 37, inciso XXI, estando interligado com os demais princípios constitucionais citados, determinando que o administrador público trate igualmente os pregoantes, vedando privilégios ou favoritismos. Logo, se o ato administrativo violar o princípio constitucional básico da igualdade, o ato deverá ser anulado por conter vício de legalidade.

O princípio constitucional da probidade administrativa está consagrado no Art. 37, inciso XXI, Carta Política de 1988, sendo derivado do princípio constitucional básico da moralidade, tendo o administrador público tem que agir com lisura e transparência contratual, investindo o dinheiro público em perfeita consonância com

o princípio da supremacia do interesse público. Assim, se o procedimento administrativo contrariar o princípio constitucional da probidade administrativa, este ato deverá ser anulado por contrariar à lei.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório e o princípio constitucional do julgamento objetivo, consagrado no Art. 37, inciso XXI, CRFB de 1988, determina que o edital é lei entre as partes, vinculando as partes aos seus termos, dentro de critérios claros e objetivos e previamente descritos no instrumento convocatório, obrigando-os a cumprir fielmente o edital em todas as fases do pregão eletrônico. Logo, se o administrador público julgar baseado em critérios subjetivos ou não previstos no edital, o ato deverá ser anulado por ilegalidade.

O princípio constitucional correlato da competitividade é decorrente do princípio constitucional da igualdade, determinado a ampliação da disputa entre os pregoantes de forma igualitária.

O princípio constitucional correlato da seletividade e comparação das propostas é decorrente dos princípios constitucionais básicos da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo e o princípio constitucional correlato da competitividade, objetivando a escolha da proposta dentro dos critérios objetivos previstos no edital.

O princípio constitucional correlato da interpretação em favor da disputa dos interessados está totalmente ligado ao princípio constitucional correlato da competitividade, consagrando a AP utilize fatores objetivos e claros, objetivando não restringir o caráter competitivo da licitação, preservando os princípios constitucionais básicos da isonomia, da segurança jurídica e da supremacia do interesse público, além do princípio de natureza não constitucional, da finalidade.

Caso os princípios constitucionais correlatos da competitividade, da seletividade e comparação das propostas e da interpretação em favor da disputa dos interessados sejam violados, o ato administrativo deverá ser anulado por vício de legalidade.

A revogação dos atos administrativos ocorre por conveniência e oportunidade da AP, sendo considerado com ato discricionário vinculado, uma vez que após a ocorrência de fatos supervenientes e pertinentes, o administrador público analisa o mérito, dentro dos critérios objetivos legais<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> TOLOSA FILHO, op. cit., p. 77.

A revogação é ato administrativo vinculado e condicionado ao princípio da supremacia do interesse público, devendo ser motivado de forma clara e objetiva, atendendo aos comandos impostos pelos princípios constitucionais básicos da legalidade e da igualdade.

O princípio constitucional da impessoalidade está previsto no Art. 37, *caput* da Carta Magna de 1988. A impessoalidade dos atos administrativos é pressuposto do princípio da supremacia do interesse público. Este princípio fundamentará a revogação do pregão eletrônico, motivando a adequação do interesse público à oportunidade de revogação da contratação.

Afinal, o princípio da impessoalidade é o princípio da finalidade, ou seja, é a imposição que o administrador público só pratique o ato de acordo com o objetivo da norma. Esse princípio está relacionado aos valores dos agentes públicos, tais como: honestidade, boa-fé e decoro.

A revogação é o desfazimento dos efeitos do pregão eletrônico já concluído, por razões de interesse público e oportunidade, questões de mérito que são analisadas pelo administrador público. O Poder Judiciário poderá apreciar a legalidade da decisão, mas não poderá adentrar no mérito, pois o juízo de valor, neste caso, é exclusivo do administrador público.

Os pregoantes não possuem direito à indenização nos casos de revogação, porém, o contratado de boa-fé será indenizado pelos encargos do contrato.

O instituto da revogação atende ao binômio interesse-oportunidade, explica-se que estes critérios são avaliados exclusivamente pelo administrador público, sendo-lhe lícita a conduta da desistência da contratação com o particular. Afinal, o pregoante só possui expectativa de direito na celebração do contrato, não sendo titular de direito subjetivo à concretização da celebração do instrumento contratual. Logo, não cabe indenização ao pregoante vencedor em razão de revogação do pregão eletrônico.

## 4 APLICABILIDADE

### 4.1 Aspectos Conceituais

O Pregão Eletrônico realiza-se por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, onde a interação entre os agentes públicos responsáveis pela realização da licitação, os chamados pregoeiros e os licitantes/fornecedores, ou seja, todos os atos e procedimentos praticados desde a abertura até o encerramento dos trabalhos pertinentes ao procedimento licitatório, dá-se por meio de provedor da Internet.

Para Niebhuh (2005, p.266)<sup>20</sup>, o Pregão Eletrônico é uma espécie de modalidade de licitação pública em que os procedimentos do pregão presencial são adaptados à tecnologia da informação. Isto é, em vez de se desenvolver o Pregão em ambiente físico, contando com a participação física dos licitantes, a modalidade, sob a perspectiva eletrônica, desenvolve-se através da Internet, promovendo-se por meio dela a comunicação entre os licitantes e a AP, bem como, praticamente, toda a execução da licitação.

Percebe-se assim, uma clara ligação entre o pregão presencial e o pregão eletrônico. Em ambos os casos, são espécies de modalidades licitatórias abarcadas pelo gênero Pregão. Assim dizendo, é como se o pregão presencial e o Pregão eletrônico fossem espécies de modalidades de licitação, remetidas à modalidade geral, que é o Pregão.

Scarpinella (2003, p. 167)<sup>21</sup>, ratifica observando que o pregão eletrônico não se trata de uma nova modalidade licitatória diversa do Pregão, sendo apenas uma das formas de realização desse tipo de certame competitivo, entendimento este corroborado na citação da autora que diz : "[...] a forma eletrônica do pregão não equivale a uma nova e distinta modalidade licitatória. Trata-se da mesma modalidade licitatória criada e descrita na Lei nº 10.520/2002 [...]".

As referidas distinções existem porque é necessário adaptar o procedimento presencial, em que os licitantes se fazem presentes num espaço físico, ao procedimento eletrônico, em que os licitantes atuam através do espaço virtual. Sem embargo, repita-se que as premissas, os objetivos e os princípios jurídicos devem

---

<sup>20</sup> NIEBUHR, José de Menezes. Pregão presencial e eletrônico 3.edição.Curitiba. Zênite,2005.

<sup>21</sup> SCARPINELLA, Vera. Licitação na modalidade de pregão: Lei 10.520, de 17 de julho de 2002. São Paulo: Malheiros, 2003.

ser os mesmos. O Pregão presencial e o eletrônico divergem nos detalhes, porém devem comungar da mesma essência.

#### **4.2 Aquisição de Bens e Serviços Comuns**

As Leis nº 8.666/93 e 10.520/02 praticamente não tratam do Pregão Eletrônico, porém o § 1º do artigo 2º deste último diploma transfere para o Executivo a competência para disciplinar o Pregão Eletrônico. A União foi o primeiro ente federativo a editar o seu Decreto sobre pregão eletrônico, de nº 3.697, em 21 de dezembro de 2000. Recentemente, em 31 de maio de 2005, a União produziu novo Decreto Federal sobre pregão eletrônico, o de nº 5.450/05, que revogou disposições do Decreto Federal nº 3.697/00. O novo Decreto regulamenta o pregão na sua forma eletrônica para aquisição de bens e serviços comuns, como forma obrigatória na para aquisição desses bens e serviços ditos comuns.

Bens e serviços comuns são aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser definidas com objetividade no edital através de “especificações usuais no mercado” e de qualquer valor. Cabe ao agente público avaliar a situação, sopesar e decidir se este é o caso de utilizar esta modalidade licitatória. Neste sentido, cumpre indagar os motivos pelos quais o legislador houve por bem restringir o uso da modalidade pregão aos chamados bens e serviços comuns.

A razão da restrição acredita-se que foi por:

- que o procedimento célere poderia ser ultimado em uma única sessão, em que os licitantes reduziram os seus preços oralmente e em que seus requisitos de habilitação são mais simples ou menos burocratizados do que os da Lei nº 8.666/93. Isto é, o objeto da modalidade pregão deve ser comum, deve ser simples, portanto o procedimento previsto para a modalidade também o deveria ser. Partindo-se desse pressuposto de que, como o procedimento do pregão é simples, o objeto dele também deveria sê-lo.

- entender que os riscos são reduzidos, pois pouco se sabe sobre quem está habilitando-se a fornecer, e cuja seriedade pode ser questionada.

Daí a restrição de que o pregão deveria ser utilizado somente para bens e serviços comuns. Depreende-se desta forma, que o pregão eletrônico não é compatível e aplicável àquelas contratações cujos objetos versem acerca de bens e serviços cujas técnicas e especificações para a suas produções não se encontrem

difundidas no mercado, dificultando o acesso aos licitantes das condições para execução do objeto.

A classificação desses bens e serviços comuns consta do Anexo II do Decreto de Regulamentação nº 3.555/00, de 08 de agosto de 2000, e suas alterações, da seguinte forma:

- Bens Comuns:
  - bens de consumo;
  - bens permanentes.
- Serviços Comuns:
  - somam um total de 37 (trinta e sete) tipos de serviços.

Assim, são exemplos de bens e serviços comuns: material de expediente; mobiliário; utensílios de uso geral; equipamentos; combustíveis e lubrificantes; seguro saúde; limpeza, vigilância e conservação; locação e manutenção de equipamentos; vale refeição; telefonia; e transporte.

Com a regulamentação do Anexo II ao Dec. 3.555/00, foram incluídos como bens e serviços comuns os seguintes itens: microcomputador de mesa ou portátil; monitor de vídeo; impressora; uniformes; e serviços de aperfeiçoamento, capacitação e treinamento.

Entende-se que a classificação de bens e serviços comuns, constante do Anexo II do Decreto nº 3.555/00 é exemplificativa, uma vez que a própria classificação da despesa pública, consta de itens não contemplados nessa relação e que se enquadram na definição de bens e serviços comuns, previsto no § 2º do Art. 3º do referido Decreto e, ainda, o parágrafo único do Art. 1º da Lei nº 10.520/2002, não condicionou a aquisição dos bens e serviços comuns, somente aqueles do Anexo II, haja vista que, sempre surgirão no mercado novos objetos e serviços.

Bittencourt (2002, p.55)<sup>22</sup>, propõe o seguinte conceito para bem e serviço comum, com efeito: são aqueles que possam ser definidos no edital por meio de especificações objetivas, que se prestam a estabelecer o padrão de qualidade desejado pela AP, de acordo com as características usuais no mercado, sem variações de ordem técnica eventualmente existentes entre os bens e serviços ofertados por diversos fornecedores que atendam a tais especificações objetivas sejam importantes ou decisivas para a determinação de qual proposta satisfaz o

---

<sup>22</sup> BITTENCOURT, Sidney. Pregão passo a passo. 2.ed. Rio de Janeiro: Temas & Idéias Editora, 2002.

interesse público e desde que a estrutura procedimental da modalidade pregão, menos formalista e mais célere, não afete a análise da qualidade do objeto licitado ou importe prejuízos ao interesse público.

O autor sintetiza que para qualificar, bem ou serviço comum, é necessário:

- que, uma vez definidas as especificações do objeto de modo objetivo, se consegue estabelecer o padrão de qualidade desejado pela Administração, sem que eventuais variações técnicas existentes entre produtos que atendam tais especificações sejam importantes ou decisivas para avaliação da proposta que melhor satisfaz o interesse público;

- que as especificações técnicas do bem ou serviços sejam usuais no mercado;

- que a estrutura procedimental do pregão, menos formalista e mais célere, não importe prejuízo à análise da qualidade do objeto licitado nem ao interesse público.

Pode-se concluir que: bens e serviços caracterizados como “comuns” são aqueles oferecidos por empresas licitantes, sendo facilmente comparados entre si, permitindo a decisão de compra com base nos menores preços; o Pregão Eletrônico nas compras governamentais possibilitou maior transparência, controle social e oportunidades de acesso às licitações públicas; e as compras públicas eletrônicas permitiram uma economia mínima de 20 a 30% nas aquisições de bens e serviços comuns, além de diminuir o tempo das transações e simplificar os processos.

#### **4.3 Vedações da Modalidade Pregão**

Observados os aspectos conceituais e de aplicabilidade do Pregão para a aquisição de bens e serviços comuns, podendo se inferir que o pregão não é compatível e aplicável àquelas contratações cujos objetos versem acerca de bens sob encomenda, ou seja, quando as técnicas e especificações para a produção ou execução do objeto licitado não se encontrem difundidas no mercado, dificultando o acesso aos licitantes, que nem sempre disporão de condições para a execução do objeto.

Além disso, é necessário ser destacada a existência de expressas vedações normativas quanto a aplicabilidade procedimento licitatório de Pregão para determinados objetos, hipóteses nas quais a Administração deverá valer-se das demais modalidades licitatórias para selecionar a proposta a ser contratada.

O Art. 6º, do Decreto nº 5.450/ 2005, que regulamenta o Pregão Eletrônico no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece algumas das vedações para a aplicabilidade dessa modalidade, preconizando que o pregão não se aplica às contratações de obras de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral que serão regidas pela legislação geral da Administração: “Art. 6º - A licitação na modalidade de pregão, na forma eletrônica, não se aplica às contratações de obras de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral”.

Sobre a obra de engenharia é fundamental que a proposta da Administração Pública venha acompanhada de detalhes técnicos, plantas, etc, e que haja um reconhecimento detalhado no terreno para que a firma possa dar seu orçamento detalhado também. Logo, o Pregão Eletrônico não é o meio adequado para tal licitação.

Quanto à vedação para a adoção do Pregão em alienações em geral entende-se que a mesma guarda pertinência com a própria natureza da contratação, haja vista que o rito mais adequado às alienações é aquele em que se objetiva alcançar os melhores e mais tentáveis preços, com a adoção de lances/propostas que observem uma progressividade no valor inicialmente adotado, adjudicando-se o objeto àquele interessado que apresentar oferta de maior valor, sendo que, para tanto, as modalidades mais adequadas com essa realidade tratam-se do leilão e da concorrência, inclusive em consonância com o preconizado na Lei nº 8.666/93.

Com relação às locações imobiliárias, necessário se faz observar duas hipóteses distintas: a primeira quando a Administração for a locadora, e a segunda quando a Administração for a locatária, beneficiária dos alugueres oriundos do imóvel. Ressalte-se que em ambas o procedimento do Pregão não será compatível com a natureza da contratação.

## 5 EFICÁCIA

Para saber a eficácia do pregão eletrônico, isto é, a sua eficiência, foi realizada uma pesquisa, em forma de questionário (Anexo A), a várias organizações da AP.

Foram distribuídos questionários para os Ordenadores de Despesas das seguintes organizações da AP:

**Tabelas 1 – Relação de Organizações da AP**

Ord	Organizações do Exército Brasileiro (Órgãos da AP)
1	1º Depósito de Suprimento – Rio de Janeiro – RJ
2	21º Depósito de Suprimento – São Paulo – SP
3	3º Batalhão de Suprimento – Santa Rita – RS
4	4º Depósito de Suprimento – Juiz de Fora – MG
5	5º Batalhão de Suprimento – Curitiba – PR
6	6º Depósito de Suprimento – Salvador – BA
7	7º Depósito de Suprimento – Recife – PE
8	8º Depósito de Suprimento – Belém – PA
9	9º Batalhão de Suprimento – Campo Grande – MS
10	10º Depósito de Suprimento – Fortaleza – CE
11	11º Depósito de Suprimento – Brasília – DF
12	12º Batalhão de Suprimento – Manaus – AM
13	Depósito de Subsistência de Santa Maria – Santa Maria – RS
14	Depósito de Subsistência de Santo Ângelo – Santo Ângelo – RS
15	17ª Base Logística – Porto Velho – RO
16	Academia Militar das Agulhas Negras – Resende – RJ
17	Escola de Comando e Estado-Maior do Exército – Rio – RJ

**Fonte: autor.**

Foram pesquisados os processos licitatórios compreendidos entre os anos de 2004 e 2007, por terem sido os anos que antecederam este trabalho.

Esta pesquisa levantou a opinião dos Ordenadores de Despesas (OD) de Depósitos de Suprimentos e escolas do exército Brasileiro, órgãos Provedores da AP sobre o uso e eficácia da modalidade Pregão Eletrônico. A análise buscou verificar a aceitação do processo por parte dos órgãos do governo e consolidar a opinião dos agentes da administração sobre os êxitos e as dificuldades deste tipo de modalidade.

Foi apresentado aos OD um questionário de avaliação da eficácia com afirmações relativas a quatro blocos distintos: nível de preparação, simplicidade de execução, celeridade e qualidade dos produtos.

Após o adequado tratamento estatístico, foi demonstrado por meio da escala de Likert o conjunto de conceitos que exprimem o interesse dos agentes da administração em usar o pregão nas suas aquisições.

## 5.1 Instrumento da Pesquisa

Utilizou-se para a comprovação da eficácia um questionário, que foi elaborado com os melhores quesitos mensuráveis para medir a eficácia do uso do Pregão Eletrônico pelos órgãos da AP.

Esse questionário foi dividido em quatro blocos de indicadores que, segundo alguns professores de Direito Administrativo, são os principais tópicos destacados para a verificação da eficácia da modalidade pregão eletrônico.

O bloco número um foi composto pelas questões 2 e 3, que pretendem mensurar a opinião dos Ordenadores de Despesas quanto ao nível de preparação que é necessário para se conduzir a contento, um pregão.

As questões 4 e 5 formaram o bloco número dois e buscaram saber se os OD definem o pregão como de simples execução.

No bloco número três, buscou-se atestar a qualidade mais destacada do pregão, a celeridade. Tanto os estudiosos quanto os OD destacam a rapidez que o processo se desenvolve se comparado com as outras modalidades de licitação. Esse bloco é composto pelas questões 6 e 7.

A qualidade dos produtos é fator fundamental para fins de avaliação em qualquer pesquisa, principalmente, se os produtos em questão são gêneros alimentícios. O índice de redução dos preços só é realmente identificado se o padrão dos artigos permanece inalterado. A falta de observância neste quesito pode mascarar ou iludir um resultado científico. Para assegurar a precisão do resultado neste trabalho foi elaborado o bloco número quatro do questionário, formado pelas questões 8 e 9, que trata do assunto exposto.

No item número um do questionário buscou-se selecionar os Órgãos da AP que utilizam o pregão em suas licitações, descartando uma possível Organização que não seja adepta desta modalidade. Cabe ressaltar que a orientação do Exército Brasileiro é que todos os entes subordinados utilizem a modalidade pregão em suas aquisições.

Nesta pesquisa foi empregada a técnica de avaliação de respostas pelo formulário de Likert, para respostas de cinco tipos de graus variados de importância para cada afirmação dos atributos:

1 = Discordo totalmente

2 = Discordo

3 = Nem concordo e nem discordo

4 = Concordo

5 = Concordo totalmente

Foram encaminhados 17 questionários impressos, aplicados aos OD dos Órgãos mencionados anteriormente. A pesquisa obteve o retorno de todos os questionários enviados.

## 5.2 Apresentação e Análise dos Resultados

A tabela 1 quantifica a frequência com que os Órgãos Provedores utilizam a modalidade pregão nas suas aquisições de Quantitativo de Subsistência.

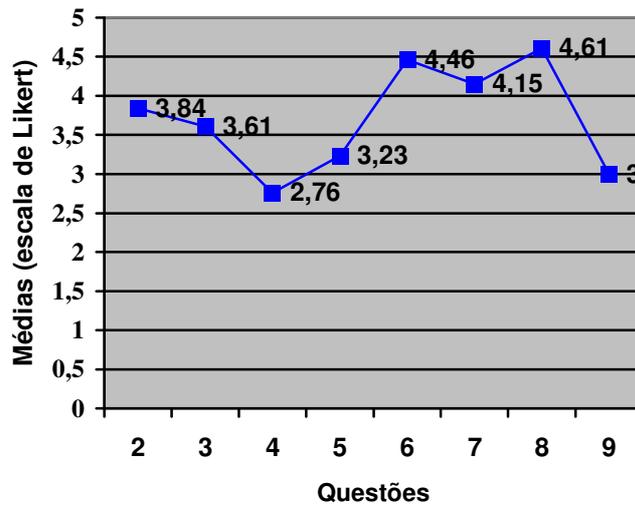
**Tabela 2 - Frequência de uso da modalidade pregão para a aquisição**

<b>Frequência</b>	<b>Órgãos Provedores</b>
Sempre	14
Freqüentemente	2
Às vezes	1
Raramente	0
Nunca	0

**Fonte: pesquisa**

Os valores trabalhados mostram que 94,12% dos OP sempre ou freqüentemente utilizam o pregão para a aquisição de QS e 5,88% às vezes. Cabe ressaltar que esse resultado, certamente, é influenciado pela orientação do Exército Brasileiro de se priorizar as aquisições, usando esta modalidade.

Os demais resultados obtidos do questionário aplicado aos OD estão representados no gráfico adiante e serão demonstrados por bloco de indicadores, nas próximas seções.



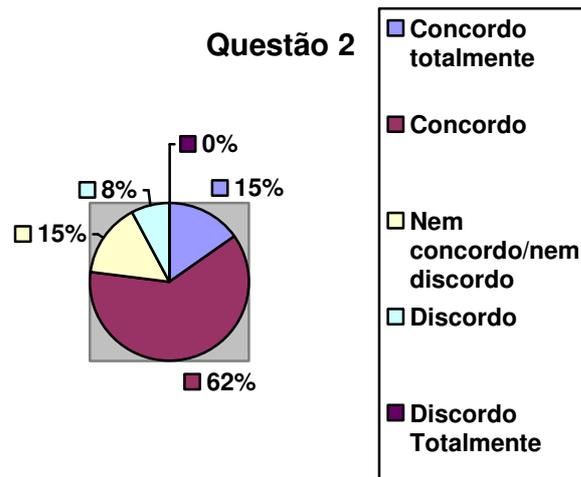
Fonte: pesquisa do autor

Figura 1 Gráfico de avaliação do uso do pregão

### 5.2.1 Nível de preparação

A maioria dos entrevistados, 62%, acredita que o pregoeiro deve ter bom preparo profissional para realizar um pregão dentro dos padrões previstos e 15% deles pensam ser necessário ter um preparo mais elevado ainda para se realizar este certame. Outros 15 % acreditam que a realização desta modalidade não requer por parte do pregoeiro um preparo especial e 8% discordam da afirmação e entendem que não é necessário preparo específico para conduzir o processo.

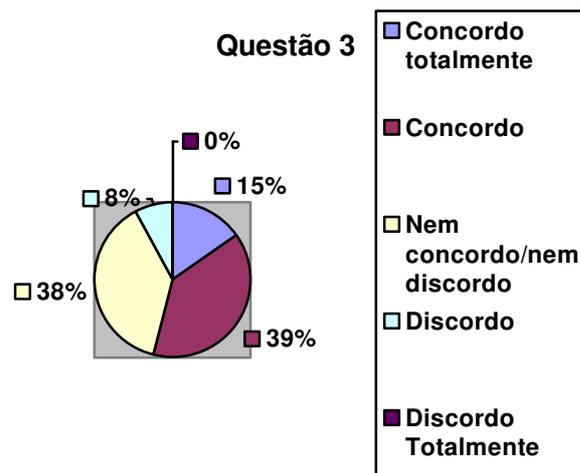
Esse resultado mostra que mais da metade dos pesquisados entendem que o pregoeiro deve ser um agente com grande conhecimento no campo das licitações para realizar um certame isento de erros quanto à legalidade e eficiente quanto aos resultados.



Fonte: pesquisa do autor  
Figura 2 Gráfico da questão 2

Levando-se em consideração as respostas dos pesquisados quanto a questão três, 15% afirmam, com veemência, que somente agentes da administração com experiência na área de compras devem ser pregoeiros, 39% concordam com a questão mas não consideram com tanto entusiasmo o quesito experiência, 38% dos pesquisados não vêem como condição essencial ter muita prática em licitações e 8% não acreditam que a falta de experiência seja um limitador para a realização do processo.

Esse resultado mostra que um pouco mais da metade acha importante o pregoeiro ser um servidor com vivência na área de licitações.



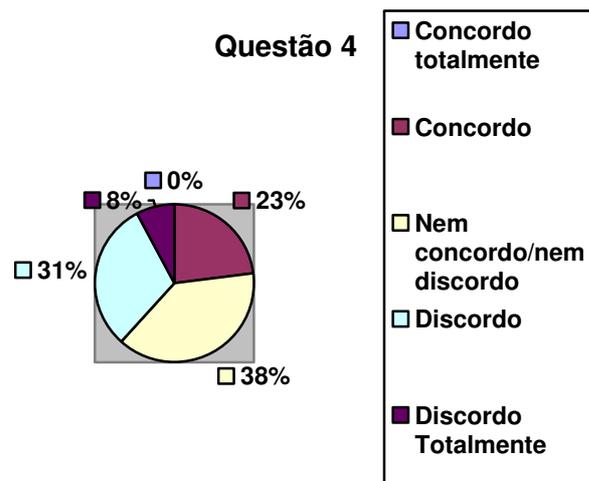
Fonte: pesquisa do autor  
Figura 3 Gráfico da questão 3

### 5.2.2 Simplicidade de execução

De acordo com o resultado da questão número quatro, 23% dos entrevistados

acreditam que o pregão é de simples execução, 38% deles não o acham nem simples e nem complexo, 31 % discordaram da sentença e afirmam não ser o pregão um processo simples e 8% vislumbram como um processo complexo, discordando, totalmente, da afirmação.

Esse resultado mostra que o pregão é considerado de complexidade moderada.

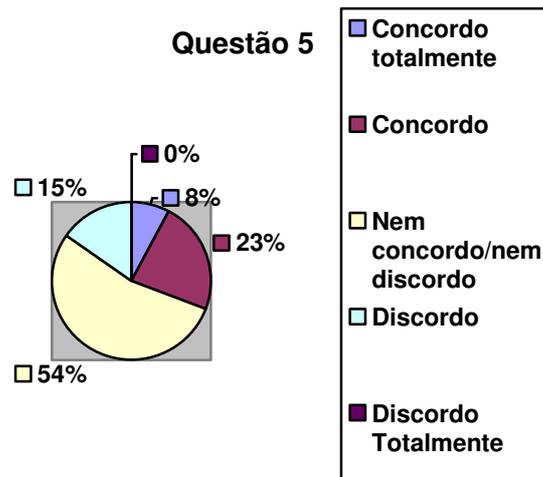


Fonte: pesquisa do autor  
Figura 4 Gráfico da questão 4

A interpretação do resultado da questão número cinco indica que 54% dos entrevistados não consideram nem fácil e nem difícil a operação do programa de registro e acompanhamento do pregão da página do *comprasnet*<sup>23</sup>, 15% discordam da sentença e não vislumbram como fácil sua operação, porém, 23% concordaram com a questão e 8% concordaram totalmente.

Esse resultado mostra que há um equilíbrio na opinião dos entrevistados quanto à facilidade de utilização do programa de registro e acompanhamento do pregão por parte dos usuários.

<sup>23</sup> Página da Internet administrada pelo Governo Federal que possui um banco de dados para realização do pregão on-line ([www.comprasnet.com.br](http://www.comprasnet.com.br))

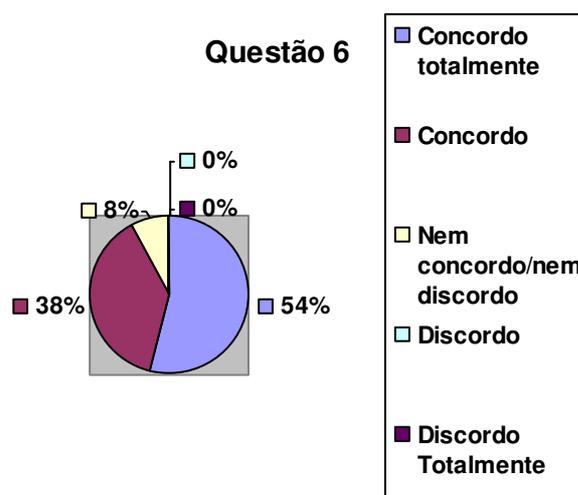


Fonte: pesquisa do autor  
 Figura 5 Gráfico da questão 5

### 5.2.3 Celeridade do processo

A maioria dos entrevistados, 54%, concorda, totalmente, que o pregão diminuiu o tempo de aquisição (tempo compreendido entre a requisição e a assinatura do contrato), 38% afirmam que há diminuição do tempo e somente 8 % acreditam que o processo de aquisição pelo pregão não altera o tempo de conclusão do processo.

Esse resultado mostra que grande parte dos entrevistados considera que o pregão reduz o tempo de aquisição.

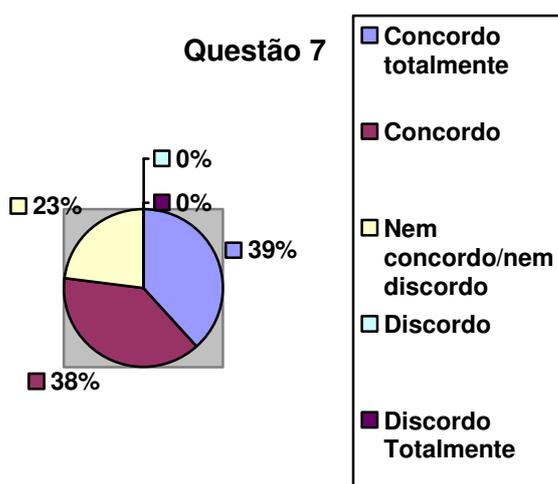


Fonte: pesquisa do autor  
 Figura 6 Gráfico da questão 6

Levando-se em consideração as respostas dos pesquisados quanto a questão sete, 39% asseguram com entusiasmo que o tempo de montagem do

processo é menor do que em outras modalidades, 38% afirmam que o tempo realmente diminuiu, 23% dos pesquisados afirmam que o tempo gasto é igual ao de outros certames.

Esse resultado indica que a grande maioria dos entrevistados considera que o processo do pregão é montado em menos tempo do que em outras modalidades.

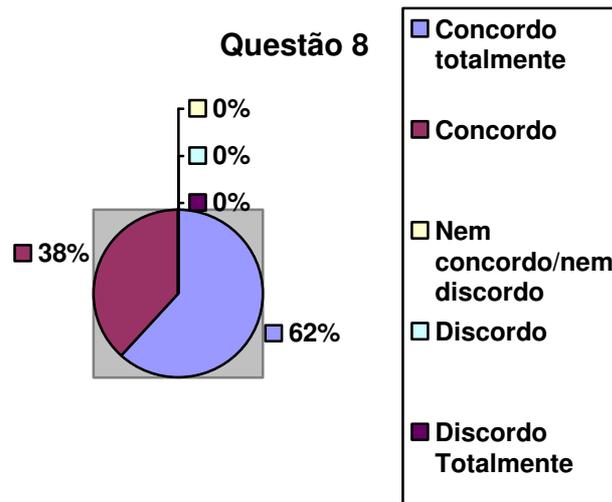


Fonte: pesquisa do autor  
Figura 7 Gráfico da questão 7

#### 5.2.4 Qualidade dos produtos

De acordo com o resultado da questão número oito, 62% dos entrevistados concordam, totalmente, que o pregão reduziu o preço dos produtos licitados e 38% deles afirmam, sem grande exaltação, que os preços diminuiriam.

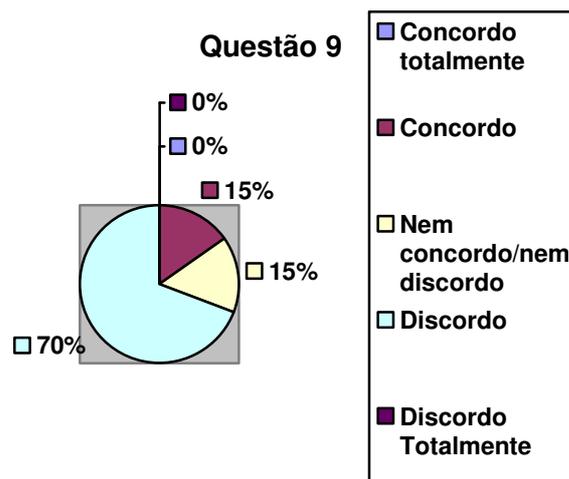
Esse resultado mostra que, por unanimidade, os OD creditam ser o pregão uma modalidade de licitação mais competitiva do que as demais, de forma a reduzir o valor dos bens adquiridos pela administração pública.



Fonte: pesquisa do autor  
 Figura 8 Gráfico da questão 8

Levando-se em consideração as respostas dos pesquisados quanto a questão nove, 15% afirmam que acompanhando a redução dos preços a qualidade dos produtos diminuiu, outros 15% não conseguiram determinar a relação de preço e qualidade de forma a não concordar e nem discordar da afirmação, porém a maioria dos entrevistados, 70%, acreditam que os produtos fornecidos não sofreram alterações de qualidade.

Esse resultado mostra que o pregão, efetivamente, reduz os preços dos artigos licitados sem diminuir a qualidade dos mesmos.



Fonte: pesquisa do autor  
 Figura 9 Gráfico da questão 9

### 5.3 Considerações Finais

Na era da busca pela excelência, não pode a AP deixar de adquirir produtos e

serviços que atendam os mesmos quesitos de qualidade dos entes privados. A redução dos preços deve ser buscada pela ampliação da disputa e não pela queda de padrão dos artigos licitados. O pregão eletrônico faz sua parte nesse sentido, pois foi observado a queda dos preços com a manutenção da qualidade dos produtos. A conclusão é que o processo atende os anseios da administração de economicidade e qualidade, logo é eficiente.

## 6. CONCLUSÃO

Sabe-se que, para a aquisição de bens e serviços comuns, a administração deve obedecer a um procedimento constitucionalmente garantido, que é a licitação. Através de tal procedimento administrativo, a AP convoca os interessados à apresentação de propostas, a fim de selecionar aquela que se mostrar mais conveniente em função de parâmetros previamente estabelecidos e divulgados. Em razão desses parâmetros, surgem as modalidades que representam as mais diferentes espécies de certame para que, afinal, se estabeleça o contrato com a AP.

Daí, surge a instituição Pregão Eletrônico como nova modalidade de licitação, de observância obrigatória pela Administração Pública Federal, apontando para uma modernização do sistema de licitação e objetivando conferir ao Governo um meio mais econômico, célere e eficaz para as contratações. Assim, o Governo, ao estabelecer o Pregão Eletrônico como forma de realização preferencial, de modo a otimizar o rito de procedimentos, aumenta a competitividade entre os licitantes, alcança fornecedores de diversas regiões do País e, ainda, reduz os custos e os valores das propostas.

Assim, o Pregão Eletrônico é um inovador instrumento concebido pelo Governo Federal relativamente a alternativas e conceitos em licitações públicas até então vigentes, configurando-se uma quebra de paradigmas, sem precedentes, no contexto histórico de contratações governamentais do ordenamento jurídico nacional.

Por outro lado, o Pregão Eletrônico representa uma desejável aplicação do princípio constitucional da eficiência, com a agilização e a simplificação do procedimento licitatório, por meio de uma inversão de fases que lhe propicia maior e mais efetiva funcionalidade. Isso, na medida em que propicia a todos os participantes do certame a oportunidade de serem examinadas e discutidas as suas propostas, sem as prévias barreiras e delongas da habilitação.

Ainda, o Pregão Eletrônico também é preponderante para o perfeito atendimento do princípio da economicidade, uma vez que viabiliza resultados satisfatórios, com redução significativa dos valores das ofertas, além de propiciar maior agilidade às contratações, que, em regra, ocorrem com celeridade por meio da utilização de um rito de procedimentos menos burocratizado.

Da mesma forma, o Pregão Eletrônico tem mais informações e transparência nas licitações públicas, contribuindo assim para a garantia perene do efetivo acesso

e controle popular e do exercício da cidadania, pois a sociedade não tolera mais conviver com agentes e gestores públicos irresponsáveis. Além disso, os cidadãos encontram-se cada vez mais conscientes de que quem arca com os prejuízos advindos do mau uso do dinheiro público é o próprio contribuinte.

Apesar de muitas falhas ainda existentes, os benefícios proporcionados pela tecnologia da informação no caso dos pregões eletrônicos são de extrema importância: economia considerável, já que parte significativa dos gastos do Governo é direcionada para compras e aquisições; maior agilidade e economia nas compras efetuadas pelo governo; além de maior transparência no decorrer do processo.

Dessa maneira, está evidente a importância desse procedimento licitatório para a AP, como uma forma de controlar as atividades do administrador na gerência dos recursos públicos, sempre tendo em mente a aplicação de princípios básicos na atividade administrativa, quais sejam: o da legalidade, o da impessoalidade, o da moralidade, o da publicidade e o da eficiência.

Por isso, o Governo Federal necessita investir mais na capacitação do funcionalismo público ligado ao setor de compras, particularmente os pregoeiros, para que os princípios constitucionais violados no Pregão Eletrônico não sejam causa de gasto público, haja vista que o principal objetivo da implantação dessa nova modalidade de licitação é a economia.

Ainda, os pregoeiros devem ter elevado conhecimento dos princípios básicos e correlatos constitucionais e dos efeitos jurídicos que a violação desses princípios possa causar, de modo que essa nova modalidade de licitação seja eficiente e não um transtorno para a AP.

Hodiernamente, o Brasil apresenta-se envolvido em várias investigações acerca de fraudes e corrupções no âmbito das licitações públicas, permitindo o afloramento de favorecimentos e de prevalência de interesses particulares camuflados no suposto interesse público. Esses acontecimentos levantam novas discussões sobre a defasagem das modalidades tradicionais de licitação e a progressiva utilização de mecanismos asseguradores de transparência e maior fiscalização dos gastos de recursos públicos, a exemplo do pregão eletrônico.

Assim, quanto mais transparente e democrático for o sistema de compras públicas, menos espaço haverá para corrupção e fraudes. O modelo tradicional

perpetuou no campo de ação do Governo as negociatas para superfaturar preços e direcionar as compras para fornecedores dispostos a corromper.

Entretanto, o Pregão Eletrônico não é uma modalidade totalmente segura contra corrupção e fraudes, porém ela dificulta a possibilidade que esses atos ilícitos ocorram, pois retira o contato direto da AP com a empresa antes do resultado da licitação. O contato é feito somente depois do resultado para habilitar as empresas vencedoras.

Dessa forma, combinando os preços baixos e a verdadeira compra do material licitado, a AP estará realizando uma real economia para os cofres públicos.

Portanto, a pesquisa realizada com algumas organizações do Exército Brasileiro, órgãos da AP, pode-se comprovar que o processo licitatório Pregão Eletrônico está sendo realmente utilizado e que existe uma real economia para o Governo.

Destarte, fica evidenciado que o pregão é eficiente, pois possibilita, realmente, boas aquisições, bons contratos, condições de preços excelentes, serviço de qualidade, fornecimento a contento e realização de obras favoráveis ao erário público. Logo, o pregão eletrônico é um instrumento de melhoria do gasto público, e, com este novo pensamento do Governo, a tendência é que cada vez mais a desburocratização seja alcançada e que seja acompanhada dos bons resultados para a AP e também para as empresas.

Finalizando, o leitor da presente obra, após a efetivação de apurada análise, será capaz de formular questões sobre a aplicação maciça do Pregão Eletrônico como modalidade licitatória e, ainda, a transparência e a lisura das ações e dos procedimentos, como pilares incorruptíveis da afirmação desse processo como modalidade de licitação pública, comprovando, assim, a hipótese que o Pregão Eletrônico é a melhor maneira de se realizar as compras governamentais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado 1988.

BRASIL. **Decreto nº 3.555**, de 8 de agosto de 2000. **Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns.**

BRASIL. **Decreto nº 5.450**, de 31 de maio de 2005. **Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns**, e dá outras providências.

BRASIL. **Lei nº 4.717**, de 29 de junho de 1965. **Regula a Ação Popular.**

BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e institui **normas para licitações e contratos da Administração Pública.**

BRASIL. **Lei nº 10.520**, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada **Pregão, para aquisição de bens e serviços comuns**, e dá outras providências.

BRASIL. Medida Provisória nº 2.026-4, de 28 de agosto de 2000. Institui, no âmbito da União, nos termos do Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada **Pregão, para aquisição de bens e serviços comuns** e dá outras providências.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BITTENCOURT, Sidney. **Pregão passo a passo**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Temas & Idéias Editora, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 14ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

**COMPRASNET** - SITE DE COMPRAS DO GOVERNO FEDERAL. Disponível em:<<http://www.comprasnet.gov.br/>>. Acesso em: 22/05/2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão - Comentários à Lei do Pregão Comum e Eletrônico**. São Paulo: Dialética,2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 7ª ed. São Paulo: Dialética, 1999.

FONSECA, Marco Adriano Ramos. **Pregão Eletrônico: Uma Análise de sua Aplicabilidade e sua Eficácia na Administração Federal**. São Paulo: Impactus, 2008.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data**. 18ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13ª edição. São Paulo: Atlas.

PALAVÉRI, Marcelo. **Pregão nas licitações municipais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. 5. edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MPOG - **Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão**. Site disponível em:<<http://www.planejamento.gov.br/>>. Acesso em: 22/05/2008.

MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos**. 7ª Edição. São Paulo. Saraiva, 2006.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão – presencial e eletrônico**. Curitiba: Zenite, 2005.

RUDIO, Franz Victor. **Introdução ao projeto de pesquisa científica**. 22. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998.

SCARPINELLA, Vera. **Licitação na modalidade de pregão: Lei 10.520, de 17 de julho de 2002**. São Paulo: Malheiros, 2003.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Pregão: Uma Nova Modalidade de Licitação**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

## ANEXO A - QUESTIONÁRIO APLICADO NA ENTREVISTA

1. Este Órgão Provedor usa a modalidade pregão nas licitações de QS?

Sempre  Frequentemente  Às vezes  Raramente  Nunca

2. A realização do pregão requer elevado preparo profissional por parte do

Concordo totalmente  Conc. parcialmente  Nem Conc./discordo  Discor. parcialmente  Discor.

3. Somente agentes da administração com experiência na área de compras devem ser pregoeiros.

Concordo totalmente  Conc. parcialmente  Nem Conc./discordo  Discor. parcialmente  Discor.

4. O pregão é de simples execução.

Concordo totalmente  Conc. parcialmente  Nem Conc./discordo  Discor. parcialmente  Discor.

5. O programa de registro e acompanhamento do pregão na página do comprasnet é de fácil operação.

Concordo totalmente  Conc. parcialmente  Nem Conc./discordo  Discor. parcialmente  Discor.

6. O pregão **diminuiu** o tempo de aquisição (da requisição à assinatura do

Concordo totalmente  Conc. parcialmente  Nem Conc./discordo  Discor. parcialmente  Discor.

7. O tempo de montagem do processo é **menor** do que em outras modalidades.

Concordo totalmente  Conc. parcialmente  Nem Conc./discordo  Discor. parcialmente  Discor.

8. O pregão **reduziu** o preço dos produtos licitados.

Concordo totalmente  Conc. parcialmente  Nem Conc./discordo  Discor. parcialmente  Discor.

9. Caso você tenha concordado totalmente ou parcialmente com a questão anterior, analise a afirmação: No pregão qualidade dos produtos **diminuiu**.

Concordo totalmente  Conc. parcialmente  Nem Conc./discordo  Discor. parcialmente  Discor.

10. Caso queira, utilize o espaço abaixo para expor outros comentários a respeito do

_____
_____
_____
_____

Local e data: \_\_\_\_\_  
Organização Militar: \_\_\_\_\_