

FUNDAÇÃO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITARIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE DIREITO

ANDRÉ FERNANDO SIMÕES NETO

**LICITAÇÃO E AS NOVIDADES TRAZIDAS PELO PREGÃO
PRESENCIAL**

MARÍLIA
2010

ANDRÉ FERNANDO SIMÕES NETO

LICITAÇÃO E AS NOVIDADES TRAZIDAS PELO PREGÃO
PRESENCIAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador:
Prof. CARLOS ALBERTO DE TOLEDO FELTRIN

MARÍLIA
2010

Neto, André Fernando Simões

Licitação e as novidades trazidas pelo Pregão Presencial / André Fernando Simões Neto; orientador: Carlos Alberto de Toledo Feltin. Marília, SP: [s.n.], 2010.

53f.

Trabalho de Conclusão de Curso – Graduação em Direito, Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM , Marília, 2010.

1. Licitação 2. Modalidades Licitatórias 3. Pregão Presencial

CDD: 341.3527



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito

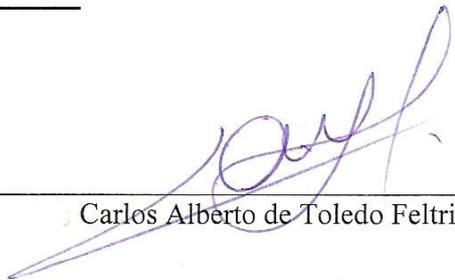
André Fernando Simões Neto

RA: 30340-2

LICITAÇÃO E AS NOVIDADES TRAZIDAS PELO PREGÃO
PRESENCIAL

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 10,0

ORIENTADOR(A): 
Carlos Alberto de Toledo Feltrin

1º EXAMINADOR(A): 
José Ribeiro Leite

2º EXAMINADOR(A): 
Carina Lopes Silva

Marília, 13 de novembro de 2010.

DEDICATÓRIA

À minha amada esposa Flávia, pela ternura, carinho e apoio despendidos sem limites;

Aos meus filhos Rafael e Amanda, pela alegria que trazem a todos que os cercam;

Ao Fundo Perpétuo de Educação, pela oportunidade e confiança cedidas;

Ao meu orientador, pelo auxílio e paciência para a conclusão desta monografia;

À Dra. Rita de Cássia Bérghamo, pela experiência diariamente compartilhada no ambiente de trabalho;

E, acima de tudo, ao Pai Celestial que me permitiu, por meio de bênçãos incontáveis, concluir este curso.

NETO, André Fernando Simões. **Licitação e as novidades trazidas pelo Pregão Presencial**. 2010. 53f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2010.

RESUMO

A presente monografia tem como objeto de estudo, “Licitação e as novidades trazidas pelo Pregão Presencial”. Abordou-se, inicialmente, a evolução histórica no país sobre a Licitação, desde se sua origem em 1862 até sua atual inserção na própria Constituição Federal. Conceituou-se o termo “Licitação”, expondo os princípios Constitucionais Administrativos, bem como os princípios específicos da Licitação. Abordou-se sobre as modalidades licitatórias, expondo suas principais características. Por fim, estudou-se com maior afinco o pregão presencial, expondo suas novidades e melhorias em relação às demais modalidades.

Palavras-chave: Licitação. Modalidades Licitatórias. Pregão Presencial.

NETO, André Fernando Simões. **Licitação e as novidades trazidas pelo Pregão Presencial**. 2010. 53f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2010.

ABSTRACT

The present lecture has as an study object “Public Tender” and the novelties brought by Onsite Bidding. Broached initially the historical evolution in the country about the bidding, since their origin in the middle of 1828 until his current insertion in the Federal Constitution itself. Has conceptualizes the term “Public Tender”, exposing the constitutional principles and specific principles of bidding. Touched on guarantees modalities, exposing its main characteristics. Finally, it was studied with greater zeal the onsite bidding, exposing its trading novelties and improvements in relation to other modes.

Keywords: Public Tender. Guarantees Modalities. Onsite Bidding.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§: Parágrafo

§§: Parágrafos

ADIN: Ação Direta de Inconstitucionalidade

ART: Artigo

ARTS: Artigos

CC: Código Civil

CF: Constituição Federal

CPC: Código de Processo Civil

CPC: Código Processo Civil

CPP: Código de Processo Penal

F: Folhas

HC: Habeas Corpus

INC: Inciso

Nº: Número

PG: Página

RDA: Revista de Direito Administrativo

REPR: Representação

RJ: Rio de Janeiro

RT: Revistas dos Tribunais

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1 – CONCEITO E EVOLUÇÃO DA LICITAÇÃO	11
1.1 – Conceito de licitação	11
1.2 – Evolução histórica da licitação	12
1.3 – Legislação referente ao assunto na Constituição Federal	13
CAPÍTULO 2 – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E LICITATÓRIOS.....	15
2.1 – Princípios Constitucionais	15
2.1.1 – Princípio da Legalidade	15
2.1.2 – Princípio da Moralidade	16
2.1.3 – Princípio da Impessoalidade.....	17
2.1.4 – Princípio da Publicidade	18
2.1.5 – Princípio da Finalidade	19
2.1.6 – Princípio da Continuidade	19
2.1.7 – Princípio da Indisponibilidade.....	20
2.1.8 – Princípio do Controle ou Tutela e da Autotutela.....	20
2.1.9 – Princípio da Supremacia do Interesse Público	21
2.1.10 – Princípio da Igualdade	21
2.1.11 – Princípio da Razoabilidade.....	22
2.1.12 – Princípio da Proporcionalidade	23
2.1.13 – Princípio da Motivação.....	24
2.1.14 – Princípio da Eficiência.....	24
2.1.15 – Princípio da Segurança Jurídica	26
2.1.16 – Princípio da Ampla Responsabilidade do Estado.....	26
2.1.17 – Princípio da Obrigatoriedade do Desempenho da Atividade Pública	26
2.1.18 – Princípio do Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos	27
2.1.19 – Princípio do Devido Processo Legal e da Ampla Defesa.....	27
2.1.20 – Princípio da Presunção de Legitimidade ou de Veracidade	28
2.1.21 – Princípio da Economicidade.....	28
2.2 – Princípios Específicos da Licitação	28
2.2.1 – Princípio do Procedimento Formal.....	28
2.2.2 – Princípio do Sigilo das Propostas	29
2.2.3 – Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório.....	30
2.2.4 – Princípio do Julgamento Objetivo	30
2.2.5 – Princípio da Adjudicação Compulsória.....	31
CAPÍTULO 3 – MODALIDADES LICITATÓRIAS	33
3.1 – Concorrência.....	33
3.2 – Tomada de Preços.....	34
3.3 – Convite	35
3.4 – Concurso.....	36
3.5 – Leilão	37
3.6 – Pregão	38

CAPÍTULO 4 – AS NOVIDADES DO PREGÃO PRESENCIAL	39
4.1 – Características do Pregão	39
4.1.1 – Seu Cabimento.....	39
4.1.2 – Obrigatoriedade	39
4.1.3 – Espécies	40
4.1.4 – Definição de Bens e Serviços Comuns.....	41
4.2 – Procedimento do Pregão Presencial	41
4.2.1 – Fase Interna	42
4.2.2 – Fase Externa	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
REFERÊNCIAS	52

INTRODUÇÃO

A perda da credibilidade na Administração Pública pela sociedade é consequência dos constantes atos de improbidade praticados pelos detentores de poder, que desviam recursos públicos por meio de aquisições fraudulentas, em completo descaso ao erário.

A licitação é o procedimento administrativo criado para, com condições previamente estabelecidas, cercear a livre escolha do Administrador, de forma a trazer a maior vantagem à Administração na aquisição de bens ou serviços.

A CF de 1988 a estabeleceu como regra, de forma a evitar burlas e prejuízos à sociedade. Ao ser observada, assegura não somente proteção ao Administrador, por proceder conforme a lei, mas também a igualdade entre os licitantes, com a consequente segurança jurídica.

O pregão presencial, como modalidade licitatória, é capaz de alcançar estes benefícios de maneira célere e eficaz, justificando-se a escolha do tema em face das vantagens auferidas pelo Administrador que o usa corretamente.

Sendo assim, o objetivo geral da pesquisa é esclarecer sobre o tema licitação, expondo suas origens, princípios, modalidades e características próprias. O objetivo específico, por sua vez, consiste em compreender o pregão presencial, quais as diferenças fundamentais em relação às demais modalidades de licitação e como essas peculiaridades favorecem o administrador.

Dentro deste contexto foram realizadas pesquisas bibliográficas, a partir de autores renomados que abordam o assunto com clareza: Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Celso Antônio Bandeira de Mello, Diógenes Gasparini, entre outros profundos conhecedores do direito administrativo, objetivando concluir a análise da licitação, bem como de forma mais abrangente conhecer as inovações trazidas pelo pregão presencial por meio da Lei Federal nº 10.520/2002.

O trabalho desenvolvido encontra-se estruturado em quatro capítulos, divididos de maneira lógica e sequencial para a boa compreensão do assunto.

Conceituou-se, no primeiro capítulo, o termo licitação. Ademais, demonstrou-se a evolução histórica do referido procedimento administrativo no Direito Brasileiro, desde 1828 até a presente inserção na Constituição Federal, regulada pela Lei Nacional da Licitação nº 8.666/1993.

Analisaram-se, no capítulo segundo, os princípios, revelando sua importância no ordenamento jurídico. Foram divididos em princípios constitucionais e licitatórios, sendo que os primeiros subdividem-se em expressamente previstos e os que destes decorrem. Cada princípio foi analisado, ainda que superficialmente.

No capítulo terceiro dissertou-se acerca das modalidades licitatórias e suas principais características. São elas: concorrência pública, tomada de preços, convite, concurso, leilão e pregão, sendo que o último subdivide-se em pregão presencial e eletrônico.

Abordou-se, por fim, no quarto capítulo especificamente sobre o pregão em sua espécie presencial, expondo quando de seu cabimento e obrigatoriedade, bem como relatando o procedimento fase a fase.

Diante dos dados aqui obtidos, espera-se que haja contribuição, ainda que indireta, aos Administradores Públicos e demais operantes do Direito, afim de que a probidade e lisura nos futuros procedimentos licitatórios seja mais constantes do que a situação vivenciada no presente.

CAPÍTULO 1 – CONCEITO E EVOLUÇÃO DA LICITAÇÃO

1.1 Conceito de Licitação

Licitação é, segundo as palavras de Meirelles (1991, p. 19), “o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse”, com intuito de “propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração”.

A doutrina esclarece que o procedimento da licitação se desenvolve por sucessão ordenada de atos vinculantes à Administração e aos licitantes, de forma a propiciar aos mesmos iguais oportunidades.

Outras definições, cada qual com sua peculiaridade, é descrita a seguir:

Para Antônio Marcello da Silva (RT 532/27 e RDA 136/34) “licitação é o procedimento administrativo, cautelar e seletivo, pelo qual a Administração verifica a idoneidade dos proponentes e escolhe a proposta mais vantajosa para a contratação pretendida”.

Segundo Seabra (RT 236/429):

“A concorrência (licitação) é, tipicamente, um procedimento administrativo, isto é, uma série de atos ligados entre si, como antecedentes e consequentes. Tem ela como um de seus objetivos limitar a discricção da autoridade que contrata. Na concorrência, a classificação dos concorrentes se dá sempre em função das vantagens por eles oferecidas”.

Silva (RDA 79/465) expõe que:

“A finalidade da concorrência pública (licitação) é precisamente a de, mediante publicidade adequada, limitar o arbítrio, restringir o âmbito das opções, cercear a livre escolha dos candidatos, tornar objetivos os requisitos das propostas a fim de impedir soluções pessoais e que não sejam inspiradas no interesse público”.

Licitação, segundo Barros Júnior (RDA 80/395), é:

“Um procedimento legal e técnico, de complexa configuração, em que se conjugam critérios de legitimidade e de discricionariedade, que se alternam em todo o seu curso [...] a cuja regularidade ficam sujeitos os contratos firmados pela Administração de tal sorte que defeitos ou infringências legais, ocorridos no seu andamento, viciam o ato ulterior e o tornam ilegítimo”.

Por fim, dentre outros, Nascimento e Gondo (1969, p. 9) expõem: “Trata-se de um processo que a um só tempo restringe o arbítrio do agente do Poder Público na seleção dos seus fornecedores, enseja a todos os interessados igualdade de condições na apresentação do negócio e impõe a escolha do que apresentar a melhor proposta”.

Observa-se, portanto, que as definições aqui trazidas se complementam e possuem pontos em comum, de forma que podemos estabelecer as principais características da definição de licitação como sendo um procedimento administrativo, com condições fixadas no instrumento convocatório, portanto, previamente estabelecidas, cerceando a escolha do contratante, classificando-se os candidatos de acordo com a vantagem auferida pela Administração.

Conclusiva, portanto, a definição de Meirelles (1991, p. 22) ao dizer:

“A licitação é uma sucessão ordenada de atos que se desencadeiam, para o público, com o edital, e se findam com a adjudicação de seu objeto ao vencedor. Tais atos – edital ou convite, verificação de idoneidade ou habilitação, julgamento e adjudicação – obedecem rigidamente ao estabelecido em lei e não admitem discricionariedade na sua realização, salvo na faixa em que a norma legal autoriza preferências técnicas e opções administrativas de conveniência e oportunidade”.

1.2 Evolução Histórica da Licitação

Como exposto nas várias definições citadas, a licitação é processo administrativo composto por normas, que se fizeram necessárias para alcançar o fim a que se destina, ou seja, a real vantagem ao Poder Público nas contratações.

Tais normas, obviamente, foram se modificando com o tempo, melhorando aos poucos e adaptando-se à realidade até obtermos a legislação atual. Modificações futuras, por certo, sobrevirão, com intuito de sempre acompanhar a evolução da sociedade, tecnologicamente inclusive, e evitar burlas ao procedimento.

A primeira Lei Nacional sobre o assunto em tela é datada de agosto de 1828, que “estabelece as regras para a construção de obras públicas, que tiveram por objeto a navegação de rios, abertura de canais, edificação de estradas, pontes, calçadas ou arqueodutos”, lei disponível para acesso no sítio da Câmara dos Deputados.

Posteriormente, por meio do Decreto nº 2926, de 1862, o então Imperador aprovou o regulamento para as arrematações dos serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, disponível no sistema de consulta de legislação no sítio do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento.

Em 1922, por meio do Decreto Federal nº 4536, foi organizado o Código de Contabilidade da União, que trata do assunto em tela.

Posteriormente, segundo Mário Soares (2010), o termo Concorrência Pública é oriundo do Código das Águas positivado no Decreto 41.019/57, sendo que a Lei nº 4320 trata do assunto em contexto de finanças públicas amplas, com seu procedimento regulamentado pela Lei 4401/64. Continua o autor dizendo que “em 1965, o instituto da Concorrência Pública ganha status constitucional por meio da EC 15 à Carta de 46. Na mesma época ainda se teve a edição da Lei 4717/65 tratando do instituto em comento”.

Surgiu, então, o Decreto-Lei 200, de 1967, que dispõe sobre a Organização da Administração Federal, estabelecendo diretrizes para a Reforma Administrativa. Nesta ocasião surgiu o termo licitação (artigo 126), bem como as modalidades concorrência, tomada de preços e convite (art. 127).

O Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos foi instituído pelo Decreto-Lei nº 2.300/86 e suas alterações, reestruturando todo procedimento licitatório ao reunir normas pertinentes ao assunto em questão.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, delimitou a competência privativa da União para legislar sobre a licitação, bem como reenfaticou a sua obrigatoriedade.

Ainda, a Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, com suas posteriores alterações, revogou o Decreto-lei nº 2.300/86 e regulamentou o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública, vigorando até a presente data.

Por fim, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002 instituiu, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a modalidade de licitação denominada pregão, sendo que os Decretos nº 3555/00 e 5.450/05 disciplinam sobre o pregão presencial e eletrônico respectivamente.

Reitero no sentido de que a legislação da licitação, tais quais as demais normas jurídicas, está em constante mudança, sempre visando acompanhar a evolução da sociedade.

1.3 Legislação Referente ao Assunto na Constituição Federal

Como já observado anteriormente, a licitação é abordada, pelo menos 2 (duas) vezes na Constituição Federal de 1988. Primeiramente, ao delimitar a competência privativa da União para legislar e, em segundo lugar, ao determinar a obrigatoriedade da licitação pela Administração Direta e Indireta de todos os poderes da União, Estados e Municípios.

Di Pietro (1999, p. 349) esclarece:

“Na Constituição de 1967, não havia norma expressa definindo a competência para legislar sobre licitação, o que deu margem à formação de duas correntes doutrinárias: uma entendendo que licitação é matéria de direito financeiro, a respeito da qual cabe à União estabelecer normas gerais e, aos Estados, as normas supletivas (art. 8º, XVII, c e §2º); e outra vendo a licitação como matéria de direito administrativo, de competência legislativa de cada uma das unidades da federação”.

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 pôs fim à controvérsia, ao dar competência privativa à União para legislar:

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III”.

Ademais, a obrigatoriedade da licitação está prevista no art. 37, XXI na CF/88, ao dispor:

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

Claro, portanto, é o mandamento constitucional referente à obrigatoriedade da licitação, bem como da fiel obediência aos princípios citados.

CAPÍTULO 2 – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E LICITATÓRIOS

2.1 Princípios Constitucionais

Novamente, a administração pública direta, indireta ou funcional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. “Existem outros princípios que merecem igual consagração, mesmo estando expressos em outros artigos da Lei Maior e ainda outros que se encontram de forma implícita na mesma” (GASPARINI; DIÓGENES, 1993, p. 72).

Assim, quer sejam expressos, quer sejam implícitos, todos possuem raízes constitucionais e devem ser aplicados. Conforme diz Hely Lopes Meirelles (1995, p. 82): “Relegá-los é desvirtuar a gestão dos negócios públicos e olvidar o que há de mais elementar para a boa guarda e zelo dos interesses sociais”.

No dizer de Mello (1998, p. 584):

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

2.1.1 Princípio da Legalidade

“Este princípio, juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade. É aqui que melhor se enquadra aquela ideia de que, na relação administrativa, a vontade da Administração Pública e a que decorre da lei [...] Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direito de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei” (DI PIETRO, 1999, p. 68)

Gasparini (1993, p. 06) define-o da seguinte maneira:

“O princípio da legalidade significa estar a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor [...] Com efeito, o agente da Administração Pública está preso à lei e qualquer desvio

de suas imposições pode nulificar o ato e tornar o seu autor responsável, conforme o caso, disciplinar, civil e criminalmente”.

Este postulado, além de referido no artigo 37, está contido no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal que, repetindo preceito de Constituições anteriores estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Assim é que a Administração Pública difere da administração particular. Nesta é possível fazer tudo o que a lei permite e tudo que a lei não proíbe. Naquela o administrador só pode fazer o que a lei autoriza, pois não há liberdade e nem vontade própria. Este princípio fundamenta-se no fato de que “todos os poderes conferidos à Administração Pública para serem utilizados em benefício da coletividade, não podem ser renunciados ou descumpridos pelo administrador sem ofensa ao bem comum, que é o supremo e único objetivo de toda ação administrativa” (MEIRELLES; HELY LOPES, 1995, p. 83).

O princípio da legalidade, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, “tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da cidadania. Todo poder emana do povo, de tal sorte que os cidadãos é que são proclamados como detentores do poder” (1998, p. 59).

Consigna-se, ainda, que a observância desse preceito constitucional é garantida por meio de outro direito assegurado pelo mesmo dispositivo, em seu inciso XXXV, em decorrência do qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão”. E a Constituição ainda prevê outros remédios específicos contra a ilegalidade administrativa, com a ação popular, o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança e o mandado de injunção, sem falar no controle pelo Legislativo, diretamente ou com o auxílio do Tribunal de Contas, e no controle pela própria Administração.

2.1.2 Princípio da Moralidade

Segundo Meirelles:

“A moralidade do ato administrativo juntamente com a sua legalidade e finalidade constituem pressupostos de validade sem os quais toda a atividade pública será ilegítima. [...] Daí porque o TJSP decidiu, com inegável acerto, que ‘o controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo; mas por legalidade ou legitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como com a moral administrativa e com o interesse coletivo’ (TJSP, RDA89/134)”.

Já Brandão (RDA 25/454) esclarece:

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

Significa dizer, pois, que a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. “Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que se assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição” (MELLO; CELSO BANDEIRA DE, 1998, p. 72).

Acrescenta-se, ainda, que, nos termos do artigo 85, V, da Constituição Federal, atentar contra a “proibidade na administração” é hipótese prevista como crime de responsabilidade, além de ato de improbidade. Outrossim, o princípio da moralidade administrativa acha-se eficientemente protegido no art. 5º, LXXIII, que prevê o cabimento da ação popular para anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente, etc...

Destaca-se, por fim, que no âmbito da legislação infraconstitucional, o Decreto 1.171, de 22. 06.1994, aprovando o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil Federal, reafirmou o princípio da moralidade administrativa, dispondo textualmente que o servidor jamais poderá desprezar o elemento ético de sua conduta, devendo decidir não somente “entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas principalmente entre o honesto e o desonesto, consoante as regras contidas no art. 47, *caput*, e parágrafo 4º, da CF”.

2.1.3 Princípio da Impessoalidade

No dizer de Gasparini (1993, p. 07):

“A atividade administrativa deve ser destinada a todos os administrados, dirigida a todos os cidadãos em geral, sem a determinação de pessoa ou a discriminação de qualquer natureza. [...] Assim tem toda a razão Wogran Junqueira Ferreira quando afirma que a impessoalidade, isto é, o ato

administrativo não deve ser elaborado tendo com objetivo a pessoa de alguém. [...] A mesma inteligência é esposada por Ivan Barboas Rigolin e por Adilson Abreu Dallari. José Afonso da Silva, na 6ª edição de seu Curso de Direito Constitucional Positivo, amplia o conteúdo deste princípio ao asseverar: ‘O princípio ou regra da impessoalidade da Administração Pública significa, por um lado, que as atuações administrativas se destinam a fins públicos e coletivos e não se beneficiam pessoas em particular, e, por outro lado, que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome da qual age o funcionário’”.

Ressalta-se que o princípio da impessoalidade está ligado ao da igualdade ou isonomia. A Constituição diz que todos são iguais perante a lei e, portanto, são iguais perante a Administração.

Alguns exemplos da aplicação deste princípio são o concurso público e a licitação. No primeiro garante-se o acesso a cargos públicos com plena igualdade para todos e no segundo assegura-se igualdade a todos os concorrentes na elaboração de contrato com a Administração. Ambos serão alvo de análise do decorrer do presente trabalho.

Na Lei 9.784/99, o princípio está implicitamente contido no artigo 2º, parágrafo único, inciso III, pois se exige “objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades”.

Consigna-se que outra aplicação desse princípio encontra-se em matéria de exercício de fato, quando se reconhece validade aos atos praticados por funcionário irregularmente investido no cargo ou função, sob fundamento de que os atos são do órgão e não do agente público.

2.1.4 Princípio da Publicidade

Esse princípio torna obrigatória a divulgação de atos, contratos e outros instrumentos celebrados pela Administração Pública direta, indireta ou funcional, para conhecimento, controle e início de seus efeitos.

A essa regra escapam os atos e atividade relacionadas com a segurança nacional (art. 5º, XXXIII, da CF), os que possam ofender a intimidade de determinada pessoa, os ligados a certas investigações, a exemplo dos processos disciplinares, de determinados inquéritos policiais (art. 20 do CPP) e os pedidos de retificação de dados (art. 5º, LXXII, ‘b’, da CF), desde que prévia e justificadamente sejam assim declarados pela autoridade competente.

Por esse mecanismo ou, quando isso não for possível, pelo processo de expedição de certidões, a Administração Pública dá conhecimento de seu comportamento, tornando o seu modo de agir transparente. Ademais, permite o controle por qualquer dos administrados,

consoante assegurado na alínea “a” do inc, XXXIV, do art. 5º da CF, e desencadeia o início dos prazos de interposição de recursos, de prescrição e decadência. Consigna-se que o direito à informação relativa à pessoa é garantido pelo *habeas data*, nos termos do inciso LXXII do artigo 5º da CF.

São, portanto, os efeitos da publicação oficial: I- presumir o conhecimento dos interessados em relação ao comportamento da Administração Pública direta, indireta e funcional; II - desencadear o decurso dos prazos de interposição de recursos; III - marcar o início dos prazos de decadência e prescrição; IV - impedir a alegação de ignorância em relação ao comportamento da Administração Pública direta, indireta e funcional.

Por último, observa-se que o princípio da publicidade não deve ser desvirtuado. Com efeito, mesmo a pretexto de atendê-lo, é vedado mencionar nomes ou veicular símbolos ou imagens que possam caracterizar promoção pessoal de autoridade ou servidor público, de acordo com o que prescreve o parágrafo 1º do artigo 37 da CF, repisado nas Constituições Estaduais, a exemplo da paulista em seu artigo 115, §1º.

2.1.5 Princípio da Finalidade

“O princípio da finalidade impõe que o administrador, ao manejar as competências postas a seu encargo, atue com rigorosa obediência à finalidade de cada qual. Isto é, cumpre-lhe cingir-se não apenas à finalidade própria de todas as leis, que é o interesse público, mas também à finalidade específica abrigada na lei a que esteja dando execução. Assim, há desvio de poder e, em consequência, nulidade do ato, por violação da finalidade legal, tanto nos casos em que a atuação administrativa é estranha a qualquer finalidade pública quanto naqueles em que ‘o fim perseguido, se bem que de interesse público, não é o fim preciso que a lei assinalava para tal ato’” (MELLO; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE, 1998, p. 65).

De maneira semelhante, expõe Meirelles (1995, p. 86):

“O que o princípio da finalidade veda é a prática do ato administrativo sem interesse público ou conveniência para a Administração, visando unicamente a satisfazer interesses privados, por favoritismo ou perseguição dos agentes governamentais, sob a forma de desvio de finalidade. Esse desvio de conduta dos agentes públicos constitui uma das mais insidiosas modalidades de abuso de poder [...]”.

2.1.6 Princípio da Continuidade

“Por esse princípio entende-se que o serviço público, sendo a forma pela qual o Estado desempenha funções essenciais ou necessárias à coletividade, não pode parar” (DI PIETRO, 1999, p. 74).

A atividade da Administração Pública não pode parar, visto que os anseios da coletividade não cessam. Assim os serviços públicos são contínuos e não se admite a paralisação de alguns deles tais como os de segurança pública, de justiça, de saúde e de transporte. Por este motivo, a Constituição dispõe que o direito de greve para os servidores públicos depende de regulamentação (art. 37, VII).

Continua Di Pietro (1999, p. 74), destacando que:

“[...] a impossibilidade, para quem contrata com a Administração, de invocar a *exceptio non adimpleti contractus* nos contratos que tenham por objeto a execução de serviço público, bem como a possibilidade de encampação de serviço público e ainda a faculdade que se reconhece à Administração de utilizar equipamentos e instalações da empresa que com ela contrata, para assegurar a continuidade do serviço”.

Adverte, contudo, Gasparini (1993, p. 02):

“A continuidade não significa que todos os serviços devem funcionar de maneira permanente, porque muitos deles são por natureza intermitentes, como, por exemplo, o serviço público eleitoral, o serviço das comissões de bolsas de estudos, mas significa que o serviço deve funcionar regularmente, isto é, de acordo com sua natureza e conforme o que prescrevem os estatutos que os organizam”.

2.1.7 Princípio da Indisponibilidade

Para Mello (1998, p. 33-34):

“A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público -, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativa que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*. [...] As pessoas administrativas não tem portanto disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização”

No mesmo sentido, Gasparini (1993, p. 03) explica que os bens, direitos, interesses e serviços públicos não estão à livre disposição dos órgãos públicos, a quem cabe apenas cuidar.

2.1.8 Princípio do Controle ou Tutela e da Autotutela

O princípio do controle ou tutela permite que a Administração Pública direta fiscalize as atividades dos referidos entes, com o objetivo de garantir a observância de suas finalidades institucionais. De outra parte, a Administração Pública tem a obrigação de se autotutelar, ou seja, deve vigiar todos os seus atos administrativos. Cabe-lhe, desta forma, anular ou revogar aqueles que forem contrários à sua finalidade, por ser inoportuno, inconveniente, imoral ou ilegal.

É o que prescreve a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal:

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

Destarte, a Súmula 346 consagra esse princípio ao estabelecer que “a administração pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos”.

Sobre o princípio, explica Di Pietro (1999, p. 73):

“Também se fala em autotutela para designar o poder que tem a Administração Pública de zelar pelos bens que integram o seu patrimônio, sem necessitar de título fornecido pelo Poder Judiciário. Ela pode, por meio de medidas de polícia administrativa, impedir quaisquer atos que ponham em risco a conservação desses bens”.

2.1.9 Princípio da Supremacia do Interesse Público

No conflito entre o interesse público e o interesse privado deve sempre prevalecer o público. Este tem o objetivo primordial porque visa atender o interesse de toda a coletividade, objetivando o seu bem estar.

Esse princípio inspira o legislador, vinculando a autoridade em sua atuação. “Se a lei dá à Administração os poderes de desapropriar, de requisitar, de intervir, de policiar, de punir, é porque tem em vista atender ao interesse geral, que não pode ceder diante do interesse individual” (DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA; 1999, p. 70).

Contudo, esse princípio não é absoluto, pois o interesse privado merece respeito. Assim, a Administração deve obedecer ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito, como prescreve a Constituição Federal no art. 5º, XXXVI.

2.1.10 Princípio da Igualdade

A Constituição garante que “todos são iguais perante a lei” (art. 5º, XXXVI). Portanto, todos são iguais também perante a Administração. Logo “todos têm o direito de receber da Administração Pública o mesmo tratamento se iguais. Se iguais nada pode discriminá-los. Impõem-se aos iguais, por esse princípio, um tratamento impessoal, igualitário ou isonômico” (GASPARINI, DIÓGENES; 1993, p. 15).

No mesmo sentido, Mello (1998, p. 42-43) esclarece:

“Sendo encarregada de gerir interesses de toda a coletividade, a Administração não tem sobre estes bens disponibilidade que lhe confira o direito de tratar desigualmente àqueles cujos interesses representa. [...] Uma vez que os interesses que lhe incumbe prosseguir são pertinentes à Sociedade como um todo, quaisquer atos que os órgãos administrativos pratiquem devem, necessariamente, refletir, na medida do possível, a igualdade de oportunidades para todos os administrados. “Todos são iguais perante a lei”, proclamam habitualmente as Constituições. *A fortiori* todos são iguais perante a Administração e seus atos, uma vez que esta nada mais faz senão agir na conformidade das leis. [...] A exigência de licitação para a realização de negócios com particulares não traduz apenas o desejo estatal de obter o melhor produto ou serviço com menores ônus. Implica, também a obrigação de oferecer aos particulares, que se dispõem a fornecer o bem ou serviço, a oportunidade de disputar em igualdade de condições [...] os bens manipulados pelos órgãos administrativos e os benefícios que os serviços públicos podem propiciar são bens de toda comunidade, embora por ela geridos, e benéficos que todos igualmente fazer jus, uma vez que os Poderes Públicos, no Estado de Direito, são simples órgãos representantes de todos os cidadãos. É, entre nós, o que resulta do artigo 1º, parágrafo único, da Constituição. Também consagra, no art. 37, incisos I e II, a igualdade de todos em face do preenchimento de cargos na Administração. [...] Com relação ao gozo ou fruição dos serviços públicos, a Administração está igualmente, obrigada, sempre pelo mesmo fundamento, a prestá-los a todos os cidadãos, sem discriminação”.

Portanto, isonomia significa tratar aqueles que preenchem as mesmas condições ou em situações comparáveis de forma igual, sem distinção.

2.1.11 Princípio da Razoabilidade

A Constituição do Estado de São Paulo, no artigo 111, inclui entre os princípios a que se sujeita a Administração Pública o da razoabilidade.

“Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricionariedade, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis –, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas

com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricionariedade manejada. [...] Trata-se, pois, de princípio aplicado ao direito administrativo como mais uma das tentativas de impor-se limitações à discricionariedade administrativa, ampliando-se o âmbito de apreciação do ato administrativo pelo Poder Judiciário” (MELLO; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE, 1998, p. 66).

Continua o ilustre doutrinador:

“Não se imagine que a correção judicial baseada na violação do princípio da razoabilidade invade o ‘mérito’ do ato administrativo, isto é, o campo de ‘liberdade’ conferido pela lei à Administração para decidir-se segundo uma estimativa da situação e critérios de conveniência e oportunidade. Tal não ocorre porque a sobredita ‘liberdade’ é liberdade *dentro da lei*, vale dizer, segundo as possibilidades nela comportadas” (MELLO; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE, 1998, p. 67).

Assim, a decisão discricionária será ilegítima se, apesar de não transgredir nenhuma norma, for irrazoável, infundada, desproporcionada ou excessiva em relação ao que se deseja alcançar.

2.1.12 Princípio da Proporcionalidade

Exige-se da Administração, proporcionalidade entre os meios de que se utiliza e os fins que tem que alcançar.

No entender de Di Pietro (1999, p. 81):

“E essa proporcionalidade deve ser medida não por critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto [...]. Se a decisão é manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitado dos limites da discricionariedade e o Poder Judiciário poderá corrigir a ilegalidade”.

É o que impõe à Administração Pública o disposto no parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784:

“VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”;
 “VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados”;
 “IX - adoção de formas simples, suficiente para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados”.

Ademais, o artigo 29, §2º, dispõe que “os atos de instrução que exijam a atuação dos interessados devem realizar-se do modo menos oneroso para estes”.

Consigna-se, portanto que, mesmo sem transgredir norma concreta e expressa, a decisão discricionária será ilegítima caso não sejam dados os fundamentos de fato ou de direito, não leve em conta os fatos constantes ou públicos e notórios, se funde em fatos ou provas inexistentes ou não guarde proporção adequada entre os meios empregados e o fim a que se destina.

2.1.13 Princípio da Motivação

Mello (1998, p. 69) o define como:

“Princípio que implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo”.

Na Constituição Federal, a exigência de motivação consta expressamente apenas para as decisões administrativas dos Tribunais (art. 93, X), não havendo menção a ela no artigo 37, que trata da Administração Pública. Já a Constituição Paulista, no artigo 111 inclui expressamente a motivação entre os princípios da Administração Pública.

Na Lei 9.784, o princípio da motivação é previsto no artigo 2º, *caput*, havendo, no parágrafo único, inciso VII, exigência de “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão”. Além disso, também o artigo 50 estabelece a obrigatoriedade de motivação, consignando-se que tal exigência consta ainda de outras leis esparsas, como ocorre com a Lei de Licitações.

Ensina Di Pietro (1999, p. 83):

“A motivação, em regra, não exige formas específicas, podendo ser ou não concomitante com o ato, além de ser feita, muitas vezes, por órgão diverso daquele que proferiu a decisão. Frequentemente, a motivação consta de pareceres, informações, laudos, relatórios, feitos por outros órgãos, sendo apenas indicados como fundamento da decisão. Nesse caso, eles constituem motivação do ato, dele sendo parte integrante”.

2.1.14 Princípio da Eficiência

Referido princípio foi inserido entre os que regem a administração pública com a Emenda Constitucional nº 19, passando o artigo 37, *caput*, a ter a seguinte redação:

“A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios

da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...]”.

Também a Lei nº 9.784 fez referência a ele no artigo 2º, *caput*.

Todavia, alguns doutrinadores já apontavam a existência do princípio da eficiência na Constituição Federal, mesmo que de forma implícita.

Inclusive este princípio já era previsto em algumas Constituições Estaduais, antes mesmo da citada Emenda Constitucional.

Segundo Morais (1999, p. 28), a finalidade da inclusão deste princípio na Constituição é “garantir maior qualidade na atividade pública e na prestação dos serviços públicos”. Continua o doutrinador definindo o princípio como:

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

Di Pietro (1999, p. 83), semelhantemente, define o princípio da seguinte forma:

“O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a administração pública, também como o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público”.

Por isso que, segundo Morais (1999, p. 30-34), o princípio da eficiência é composto pelas características do direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, da imparcialidade, da neutralidade, da transparência, da participação e da aproximação dos serviços públicos da população, eficácia, desburocratização e busca da qualidade.

Há que se observar que a Emenda Constitucional nº 19/98 não só introduziu expressamente na Constituição Federal o princípio da eficiência, como também trouxe alterações para garantir-lhe plena aplicabilidade e efetividade, conforme se depreende do parágrafo 3º do artigo 37, 2º do art. 39 e 4º do artigo 41, todos da Constituição Federal.

Ou ainda, segundo as palavras de Moraes (1999, p. 38):

“Vislumbra-se, portanto, dentro dessa nova ótica constitucional, um reforço à plena possibilidade do poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV), em defesa dos direitos fundamentais e serviços essenciais previstos pela Carta Magna, garantir a eficiência dos serviços prestados pela Administração Pública, inclusive responsabilizando as autoridades omissas”.

2.1.15 Princípio da Segurança Jurídica

Foi inserido pelo artigo 2º, *caput*, da Lei 9.784/99, e consiste na vedação da aplicação retroativa de nova interpretação de lei no âmbito da Administração Pública. Do inciso XII, do artigo 2º extrai-se que deve ser observada a “interpretação da norma administrativa da forma que melhor lhe garanta o atendimento do fim a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”.

Referente ao princípio, assim ensinou Di Pietro (1999, p. 85):

“A segurança jurídica tem muita relação com a ideia de respeito à boa-fé. Se a Administração adotou determinada interpretação como a correta e aplicou a casos concretos, não pode depois vir a anular atos anteriores, sob o pretexto de que os mesmos foram praticados com base em errônea interpretação. Se o administrado teve reconhecido determinado direito com base em interpretação adotada em caráter uniforme para toda a Administração, é evidente que a sua boa-fé deve ser respeitada. Se a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por respeito ao princípio da segurança jurídica, não é admissível que o administrado tenha seus direitos flutuando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo”.

2.1.16 Princípio da Ampla Responsabilidade do Estado

A Constituição Federal regula a matéria no artigo 37, parágrafo 6º, que estabelece:

“As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Depreende-se, pois, que a responsabilidade do Estado aplica-se indistintamente a quaisquer das funções públicas, incluindo aqui as pessoas de direito privado, prestadoras de serviço público e é objetiva, ou seja, independe de dolo ou culpa.

2.1.17 Princípio da Obrigatoriedade do Desempenho da Atividade Pública

Traduz-se no dever em que se encontra a Administração – direta ou indireta – em face da lei.

Dessa forma, asseverou Celso Antônio Bandeira de Mello (1998, p. 39) que “como a atividade administrativa é de caráter serviente, coloca-se uma situação coativa: o interesse público, tal como foi fixado, tem que ser prosseguido, uma vez que a lei assim determinou”.

2.1.18 Princípio do Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos

Sobre este princípio, sugue o ensinamento do doutrinador Mello (1998, p. 73-74):

“No Direito brasileiro, ao contrário do que ocorre na maioria dos países europeus continentais, há unidade de jurisdição. Isto é, nenhuma contenda sobre direitos pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, conforme artigo 5º, XXXV, da Constituição. Assim, não há órgãos jurisdicionais estranhos ao Poder Judiciário para decidir, com essa força específica, sobre as contendas entre Administração e administrados. É ao Poder Judiciário e só a ele cabe resolver definitivamente sobre quaisquer litígios de direito. Detém, pois, a universalidade da jurisdição, quer no que respeita à legalidade ou à consonância das condutas públicas com atos normativos infralegais, quer no que atina à constitucionalidade delas. Neste mister, tanto anulará atos inválidos, como imporá à Administração os comportamentos a que esteja de direito obrigada, como proferirá e imporá as condenações pecuniárias cabíveis”.

Logo, por cumprimento à ordem constitucional citada, não há que se falar em exclusão da apreciação do Poder Judiciário quando o assunto envolver contentas da Administração Pública.

2.1.19 Princípio do Devido Processo Legal e da Ampla Defesa

Consistem, de um lado, como estabelece o art. 5, LIV, da Constituição Federal, em que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e, de outro, na conformidade do mesmo artigo, inciso LV, em que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Em outras palavras, conforme ensina Mello (1998, p. 73-74):

“A Administração Pública não poderá proceder contra alguém passando diretamente à decisão que repute cabível, pois terá, desde logo, o dever jurídico de atender ao contido nos mencionados versículos constitucionais [...]. Deveras, é neste foro, imparcial e isento, que haverão de ser consideradas as medidas pretendidas a serem cautelarmente impostas à margem de contraditório e ampla defesa. Admitir-se-á, contudo, ação imediata da própria Administração sem as referidas cautelas, apenas e tão somente quando o tempo a ser consumido na busca da via judicial inviabilizaria a proteção do bem jurídico a ser defendido. Finalmente, toda providência administrativa destarte adotada, além de cifrar-se ao indispensável, só perdurará tratando-se de medida de efeito continuado, pelo

tempo inafastavelmente necessário e, em qualquer caso, será de imediato sucedida pela instauração do devido processo, do contrário e da ampla defesa. É lógico, ademais, que qualquer demasia ou excesso acarretarão responsabilidade do Estado e do agente que haja procedido com dolo ou culpa”.

2.1.20 Princípio da Presunção de Legitimidade ou de Veracidade

Ensina Di Pietro (1999, p. 72)

“Esse princípio, que alguns chamam de princípio a presunção de legalidade, abrange dois aspectos: de um lado, a presunção da verdade, que diz respeito à certeza dos fatos; de outro lado, a presunção da legalidade, pois se a Administração Pública se submete à lei, presume-se, até prova em contrário, que todos os seus atos sejam verdadeiros e praticados com observância das normas legais pertinentes”.

Explica, ainda, que o efeito do princípio é o de inverter o ônus da prova, trazendo como consequência a execução imediata das decisões administrativas, mediante meios diretos ou indiretos de coação.

2.1.21 Princípio da Economicidade

Já vimos que todos os atos e condutas do gestor da coisa pública devem objetivar exclusivamente o interesse público. O princípio da economicidade determina que todo e qualquer interesse seja atingido com um mínimo de dispêndio. Há que se estabelecer uma perfeita e harmoniosa relação entre o valor gasto e o benefício alcançado.

2.2 Princípios Específicos à Licitação Pública

Em que pese serem específicos à licitação, os princípios a seguir não são menos importantes que os supra citados; ao contrário, são irrelegáveis no procedimento licitatório, visto que caso não seguidos, descaracteriza-se o instituto licitatório e invalida o resultado.

Como são específicos à Lei de Licitação, estes tem previsão expressa na referida Lei, conforme se verá a seguir:

2.2.1 Princípio do Procedimento Formal

O princípio do Procedimento Formal tem previsão legal no artigo 4º, parágrafo único da lei 8.666/93, ao dispor:

“Art. 4º, Parágrafo único: O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública”.

Desta forma, de acordo com Meirelles (1991, p. 23):

“O procedimento formal significa que a licitação está vinculada às prescrições legais que a regem em todos os seus atos e fases. Não só a lei, mas o regulamento, as instruções complementares e o edital pautam o procedimento da licitação, vinculando a Administração e os licitantes a todas as suas exigências, desde a convocação dos interessados até a homologação do julgamento”.

Desta forma, fixadas as normas procedimentais da licitação, não se pode delas afastar, sob pena de invalidá-la.

Todavia, adverte o referido autor ao dizer:

“Não significa dizer que a Administração deva ser ‘formalista’ a ponto de fazer exigências inúteis ou desnecessárias à licitação, como também não quer dizer que se deva anular o procedimento ou o julgamento, ou inabilitar licitantes, ou desclassificar propostas diante da simples omissão ou irregularidades sejam irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes. A regra é dominante nos processos judiciais: não se decreta nulidade onde não houve dano para qualquer das partes”. (MEIRELLES, HELY LOPES; 1991, p. 23).

2.2.2 Princípio do Sigilo das Propostas

Referido princípio tem previsão legal no artigo 3º, §3º, lei 8.666/93, ao dispor:

“Art. 3º, § 3º: A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura”.

Como exposto pelo próprio artigo de lei, as propostas devem ser mantidas em sigilo, de forma a assegurar a lisura e finalidade da licitação.

“O sigilo na apresentação das propostas é consectário da igualdade entre os licitantes e de suma importância para a preservação do caráter competitivo do procedimento licitatório, bem como da objetividade do julgamento. Com efeito, o interessado que vise a conhecer a proposta de seu concorrente, antes da apresentação da sua, ficaria em situação vantajosa; e o conhecimento prematuro das ofertas poderia conduzir ao seu prejulgamento, com afronta aos princípios do procedimento formal e do julgamento objetivo”. (MEIRELLES, HELY LOPES; 1991, p. 28).

Meirelles afirma, ainda, que o sigilo se aplica igualmente à documentação, visto que estes só podem ser abertos em ato público, previamente designado.

Informa-nos, por fim, que em caso de violação a este princípio, ou seja, constatada a abertura antecipada de documentos sigilosos, há penalidade nas esferas penal, administrativa e

até mesmo civil, com anulação do procedimento licitatório ou de seu julgamento (1999, p. 28-29).

2.2.3 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório

O artigo 41 da Lei de Licitação dispõe que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.

Eis a previsão legal do princípio em tela, também denominado de “vinculação ao edital” por alguns autores.

Segundo Meirelles (1991, p. 29):

“A Administração e os licitantes ficam sempre adstritos aos termos do pedido ou do permitido no instrumento convocatório da licitação, quer quanto ao procedimento, quer quanto à documentação, às propostas, ao julgamento e ao contrato. Em outras palavras, estabelecidas as regras do certame, tornam obrigatórias para aquela licitação durante todo o procedimento e para todos os seus participantes, inclusive para o órgão ou entidade licitadora”.

Dessa forma, o edital estabelece todas as regras da licitação, vinculando a Administração e os licitantes à seus termos.

Meirelles (1999, p. 29) continua dizendo que caso o edital se mostre falho ou inadequado, poderá ser corrigido a tempo pelas formas prevista na Lei, ou seja, alteração de itens, aditamento ou mesmo novo edital. “O que a Administração e os proponentes não podem é descumpri-lo, exigindo ou considerando o que não foi pedido ou facultado aos licitantes”.

Resta claro que referido princípio deve obedecer aos ditames Constitucionais, já que são ilegais as cláusulas discriminatórias ou que vedem a via judicial para impugnar o julgamento. De nada adianta ter previsão no edital que descumpra as normas da Carta Magna ou contrariando os próprios princípios da Administração, sendo nulos e de nenhum efeito tais itens.

2.2.4 Princípio do Julgamento Objetivo

“No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei” é o disposto no artigo 44 da Lei de Licitação.

O artigo 45, ainda sobre o princípio, prevê:

“O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle”.

Para Meirelles (1991, p. 30):

“Critério objetivo é o que se baseia no critério indicado no edital e nos termos específicos das propostas [...] É princípio de toda licitação que o seu julgamento se apoie em fatos concretos pedidos pela Administração em confronto com o ofertado pelos proponentes dentro do permitido pelo edital”.

Assim, explica Meirelles que por este princípio se afasta o discricionarismo na escolha das propostas, já que os julgadores devem se ater aos critérios prefixados pela Administração.

Logo, não se permite o julgamento livre ou subjetivo, desvinculado dos critérios estabelecidos para o confronto das propostas.

Em decorrência de tal princípio, “Nulo é, portanto, o edital omissivo ou falho quanto ao critério e fatores de julgamento, como nula é a cláusula que, ignorando-os, deixa ao arbítrio da Comissão Julgadora a escolha da proposta que mais convier à Administração” (MEIRELLES, HELY LOPES; 1991, p. 31).

Em síntese, o edital deve prever quais serão os critérios objetivos para se aferir o vencedor, estando vedada a Administração de escolher por outros critérios.

2.2.5 Princípio da Adjudicação Compulsória

O princípio da Adjudicação Compulsória tem previsão legal no artigo 50, *caput*, da lei 8.666/93, ao dispor que “a Administração não poderá celebrar o contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório, sob pena de nulidade”.

A leitura do artigo supra deixa claro que, sob pena de nulidade, o contrato deve ser celebrado com o vencedor, seguindo-se a ordem de classificação.

Meirelles (1991, p. 31) em outras palavras ensina:

“Vencida a licitação, nasce para o vencedor o direito subjetivo à adjudicação, isto é, a atribuição de seu objeto a quem foi classificado em primeiro lugar. E essa adjudicação é obrigatória, não podendo a Administração atribuir o objeto da licitação a outrem que não seja o vencedor, salvo se este desistir expressamente da licitação, ou não firmar o

contrato no prazo estabelecido no edital ou fixado pela Administração na convocação para a sua assinatura, a menos que ocorra *justo motivo* para a recusa ou adiamento”.

Insta salientar que, por este princípio, a Administração não só é obrigada a contratar com o adjudicatário, como também é vedada a abrir nova licitação enquanto válida a primeira.

Caso os princípios expostos até aqui fossem observados pelas autoridades, não haveria que se falar em Improbidade Administrativa, visto que norteiam a forma da Administração proceder de maneira proba. Infelizmente, tem se tornado comum a falta de atenção a estes princípios, causando dano ao erário e as consequências previstas na Lei de Improbidade Administrativa aos responsáveis.

CAPÍTULO 3 – MODALIDADES LICITATÓRIAS

A licitação, conforme se verá a seguir, compreende as seguintes modalidades: concorrência, tomada de preço, convite, concurso, leilão e pregão.

Conforme Meirelles (2007, p. 312), tem-se que a “licitação, portanto, é o gênero, do qual as modalidades são espécies”. Assim, cada espécie de licitação têm suas características próprias e se destinam a determinados tipos de contratação.

Consigna-se que as modalidades licitatórias estão previstas no art. 22 da Lei de Licitação, nº 8.666/93, excetuando-se a modalidade do pregão, prevista na Lei nº 10.520/02, são elas:

3.1 Concorrência

O § 1º do artigo referenciado dispõe:

“Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto”.

Dallari (2006, p. 93) a define da seguinte forma:

“Concorrência é a modalidade de procedimento licitatório efetuada mediante convocação genérica a um número indeterminado de pessoas, cuja idoneidade se verificará no curso do procedimento, e que, em função da máxima amplitude do chamamento, exige grande publicidade. É o chamamento mais geral possível; destina-se a toda a qualquer pessoa eventualmente interessada, que, no curso da licitação, puder demonstrar preencher os requisitos expressamente requeridos pela Administração num edital, que é afixado em lugar visível, publicado, anda que resumidamente, em órgãos oficiais e na grande imprensa e divulgado por todos os meios possíveis e convenientes”.

De maneira semelhante, expõe Meirelles (2006, p. 313):

“concorrência é a modalidade de licitação própria para contratos de grande valor, em que se admite a participação de quais interessados, cadastrados ou não, que satisfaçam as condições do edital, convocados com a antecedência mínima prevista na lei, com ampla publicidade pelo órgão oficial e pela imprensa particular. É também obrigatória a concorrência, independentemente do valor do contrato, na compra ou alienação de bens imóveis e na concessão de direito real de uso, justificando-se tal exigência pelo interesse em convocar o maior número possível de interessados”.

Tem-se a universalidade, a ampla publicidade, a habilitação preliminar e o julgamento por comissão como os requisitos da concorrência. Assim, para que esta modalidade não seja nula, é preciso que se ofereça a participação de qualquer interessado, independentemente de registro prévio na Administração; que haja divulgação da abertura da concorrência, podendo ser usado todos os meios de informação ao alcance do responsável, sendo necessário, no mínimo, a publicação pela imprensa oficial e particular; que haja habilitação preliminar somente após a abertura, diferentemente das modalidades de tomada de preços e convite; e que o julgamento dos requisitos pessoais dos interessados seja feito por Comissão composto de, pelo menos, 3 (três) membros.

Salienta-se, por oportuno, que o artigo 23 da Lei de Licitação prevê limites para cada modalidade de licitação, tendo em vista o valor estimado de contratação.

Assim, referido artigo dispõe que a concorrência se torna obrigatória para aquisições com valor superior a R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) para obras e serviços de engenharia, sendo que para outras compras e serviços a concorrência é obrigatória em qualquer valor superior a R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

3.2 Tomada de Preços

Definição desta modalidade de licitação é disposta no artigo 22, §2º da Lei 8.666/93:

“Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observadas a necessária qualificação”.

Dallari (2006, p. 93) define-a como:

“Tomada de preços é a modalidade de procedimento licitatório efetuado mediante convocação genérica a um grupo determinado de pessoas cuja idoneidade já foi devidamente comprovada, e que, em função da relativa amplitude do chamamento, exige publicidade suficiente para atingir o grupo de pessoas ao qual se destina. É o chamamento endereçado a eventuais contratantes previamente cadastrados e que, no curso da licitação, apenas comprovarão essa circunstância e apresentarão propostas de acordo com o requerido no edital de abertura, o qual deverá ser afixado em lugar visível e divulgado pelos meios capazes de fazer com que o chamamento possa atingir a totalidade das pessoas que integram o grupo de eventuais contratantes idôneos”.

Meirelles, (2006, p. 319): por sua vez e de maneira semelhante, definiu:

“Tomada de preços é a licitação realizada entre interessados previamente registrados, observada a necessária habilitação, convocados com a

antecedência mínima prevista em lei, por aviso publicado na imprensa oficial e em jornal particular, contendo as informações essenciais da licitação e o local onde pode ser obtido o edital [...] A tomada de preços é admissível nas contratações de obras, serviços e compras dentro dos limites de valor estabelecidos na lei e corrigidos por ato administrativo competente”.

Tem-se que, no que tange ao procedimento, a tomada de preços é o mesmo da concorrência, excetuando-se a exigência da habilitação prévia dos licitantes por meio de registros cadastrais.

Sobre estes registros, esclarece Meirelles (2006, p. 320) que devem:

“[...] refletir fielmente a situação do inscrito, trazendo, além dos dados identificadores do profissional ou empresa e do prazo de validade do registro, a categoria ou grupo a que pertence; a quantidade e qualidade do aparelhamento técnico; o nível da equipe técnica e administrativa; o montante do capital realizado; o faturamento do exercício anterior e o lucro líquido; a indicação do desempenho em contratos anteriores. E demais elementos esclarecedores que propiciem o pleno conhecimento do pretendente à contratação licitada”.

Como já dito, o artigo 23 da Lei de Licitação prevê limites para cada modalidade de licitação, tendo em vista o valor estimado de contratação.

Dispõe, portanto, o referido artigo que, para aquisições por meio da modalidade de Tomada de Preço, o valor limite é de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) para obras e serviços de engenharia, sendo que para outras compras e serviços o limite é até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

3.3 Convite

O § 3º do artigo 22 da Lei 8.666/93 assim conceitua a modalidade convite:

“Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o entenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas”

Percebe-se pela definição dada pelo artigo supra que tal modalidade é mais simples, destinada a contratações de pequeno valor, visto que basta convite a 3 (três) empresas do ramo específico para se ver cumprida as exigências da modalidade, muito diferente da concorrência ou tomada de preços.

Desta forma, Dallari (2006, p. 94) assim a definiu:

“Convite é a modalidade de procedimento licitatório efetuada mediante convocação específica a pessoas determinadas, cuja idoneidade é presumida, e que, em função da estreiteza do chamamento, exige um mínimo de publicidade indispensável para a observância ao princípio da isonomia. É o chamamento endereçado a eventuais contratantes individualizadamente, os quais foram escolhidos pela Administração em função de sua reputada idoneidade, e cujas propostas serão feitas em função de uma simples carta-convite, cujo modelo-padrão, juntamente com a relação dos destinatários, será afixado em local visível”.

Complementa Meirelles (2006, p. 320) ao dizer:

“Dada a sua singeleza, dispensa a apresentação de documentos, mas, quando estes forem exigidos, a documentação, como nas demais modalidades de licitação, deverá ser apresentada em envelope distinto do da proposta”.

Consigna-se, ainda, que em sendo o convite feito a no mínimo 3 (três) empresas do ramo e cumpridos os demais requisitos do art. 22, mesmo que apenas um dos convidados se faça presente, não se invalidará o processo licitatório.

Novamente, o artigo 23 da Lei de Licitação prevê limites para cada modalidade de licitação, tendo em vista o valor estimado de contratação.

Dispõe, portanto, o referido artigo que, para aquisições por meio da modalidade de Convite, o valor limite é de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para obras e serviços de engenharia, sendo que para outras compras e serviços o limite é até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

3.4 Concurso

Definição desta modalidade de licitação é disposta no artigo 22, §4º da Lei 8.666/93:

“Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias”.

Com efeito, o concurso deve ser usado na seleção de profissionais, para a contratação de serviço técnico especializado, de forma que o concurso selecionará o que apresentar proposta mais adequada aos objetivos da Administração.

É a modalidade de licitação específica onde não cabe uma comparação de preços, ou, no dizer de Dallari (2006, p. 94) “é um meio de seleção da pessoa mais idônea para executar

uma prestação pública, onde se têm em conta, preferencialmente, as condições pessoais do candidato”.

Segundo Meirelles (2006, p. 321), o concurso é “a modalidade especial de licitação que, embora sujeita aos princípios da publicidade e da igualdade entre os participantes, objetivando a escolha do melhor trabalho, dispensa as formalidades específicas da concorrência”, no sentido que o próprio edital do concurso é que estabelecerá as qualificações exigidas, e todas as demais diretrizes desta modalidade licitatória.

Ressalta-se que deve ser anunciado através de edital, com a maior divulgação possível, com a antecedência mínima exigido no citado artigo.

3.5 Leilão

Tal quais as demais modalidades licitatórias, tem seu conceito definido no artigo 22 da Lei 8.666/93, no §5º:

“Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação”.

Consoante Dallari (2006, p. 95):

“Leilão é a modalidade de procedimento licitatório especificamente destinado à alienação de bens previamente avaliados, efetuado mediante convocação genérica a um número indeterminado de pessoas, que apresentarão suas propostas mediante lances formulados oralmente, cujo valor será pago ou garantido imediatamente, e que deve ser precedido de grande publicidade”.

Explica ainda, referido autor, que nada impede a utilização de concorrência, da tomada de preços e do convite para a alienação de bens.

Da mesma forma define Meirelles (2006, p. 321-322):

“A Administração poderá valer-se de dois tipos de leilão: o comum, privativo de leiloeiro oficial, onde houver; e o administrativo propriamente dito. O leilão comum é regido pela legislação federal pertinente, mas as condições de sua realização poderão se estabelecidas pela Administração interessada; o leilão administrativo é o instituído para a venda de mercadorias apreendidas como contrabando, ou abandonadas nas alfândegas, nos armazéns ferroviários ou nas repartições públicas em geral”.

O leilão é um ato instantâneo, não sendo necessário cadastro ou habilitação prévia, visto que o bem é exposto e começam-se aos lances verbais, com venda à vista ou em curto prazo, entregando-se o bem de imediato ao vencedor, ou seja, aquele que oferecer o maior valor pelo bem.

3.6 Pregão

Defini-se pregão, no entendimento de Dallari (2006, p. 95) como:

“[...] A modalidade de licitação especificamente destinada à aquisição de bens e serviços comuns, que dispensam especificações, caracterizada pela apresentação de propostas e lances sucessivos em sessão pública e pela verificação da idoneidade apenas do licitante que houver apresentado a proposta de menos preço, devendo ser precedida de grande publicidade”.

Para Gasparini (2009, p. 35) a modalidade licitatória é definida da seguinte forma:

“Pregão é o procedimento mediante o qual a pessoa é obrigada a licitar, seleciona para a aquisição de bens comuns ou para a contratação de serviços comuns, dentre as propostas escritas, quando admitidas, melhoráveis por lances verbais ou virtuais, apresentadas pelos pregoantes em sessão pública presencial ou virtual, em fase de julgamento que ocorre antes da fase de habilitação”

A legislação referente a esta modalidade licitatória é disposta, portanto, na Lei nº 10.520/02 e os Decretos nº 3.555/00 e 5.450/05, referentes ao pregão presencial e eletrônico respectivamente.

Consigna-se, ainda, que se aplica a Lei da Licitação subsidiariamente a estas citadas, ou seja, em caso de omissão nas leis específicas do pregão, aplicar-se a Lei 8.666/93.

Ademais, convém esclarecer que o artigo 23 da Lei 8.666/93, em seu §4º deixa claro que onde couber convite poderá se utilizar da tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência. Contudo, quando o objeto se tratar de bem ou serviço comum, só é cabível a modalidade licitatória do pregão.

CAPÍTULO 4 – AS NOVIDADES DO PREGÃO PRESENCIAL

4.1 Características do Pregão

4.1.1 Seu Cabimento

Diferentemente da concorrência, tomada de preço ou convite, cuja escolha se dá em função do valor estimado do contrato, a modalidade licitatória do pregão é determinada pela natureza comum do bem ou serviço desejado pela Administração Pública.

A propósito, o art. 1º da Lei Federal do Pregão não fez qualquer outra exigência ou estipulou limite relacionado com o valor estimado ao prescrever essa modalidade licitatória para aquisição de bem comum ou contratação de serviço comum.

Ademais, o termo disposto no art. 2º da referida lei, “qualquer que seja o valor estimado da contratação”, reforça a interpretação pelo qual o pregão é cabível qualquer que seja o valor estimado.

Exceção é o previsto no art. 5º, do Anexo I, do Decreto Federal nº 3.555/2000 que esclarece:

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

Consigna-se, contudo, que serviços como limpeza de bueiros e poda de árvores, considerados como serviços de engenharia, podem adequar-se aos parâmetros do pregão, sendo certo que o próprio TCU já admitiu o pregão, em caráter de exceção, para obras e serviços de engenharia.

4.1.2 Obrigatoriedade

A art. 1º, *caput*, da Lei Federal do Pregão prescreve o termo “poderá” referente à aquisição de bens e serviços comuns pela modalidade licitatória do pregão, levando a crer ser uma faculdade de qual modalidade utilizar.

Não obstante, segundo Gasparini (2009, p. 28), esse entendimento é equivocado, pois “no Direito Público, como é o caso, generaliza-se a aceção peremptória dessa expressão e o *poderá* torna-se *deverá*”.

Continua o autor ensinando que o art. 3º do Decreto Federal nº 3.555/2000 induz a obrigatoriedade ao dizer que a aquisição de bens comuns ou contratação de serviços comuns serão precedidos “prioritariamente” por pregão.

No mesmo sentido o autor Motta (2005, p. 945) expõe:

“Para abater qualquer dúvida, o art. 4º do decreto 5.450/05, regulamentador do pregão eletrônico na esfera federal, é textual no sentido de determinar, para a aquisição de bens e serviços comuns, a obrigatoriedade da modalidade pregão, sendo preferencial a utilização de sua forma eletrônica”.

Conclui Gasparini (2009, p. 29) ao dizer:

“Resta fácil afirmar que o pregão é obrigatório [...] quando o bem desejado é bem ou serviço comum. [...] Somente quando for inviável a realização do pregão e a razão da inviabilidade for devidamente justificada, Estado, Distrito Federal, Município ou qualquer entidade da respectiva Administração Pública indireta terão condições legais para promover outra modalidade licitatória, adequada ao valor estimado do contrato. Em tais casos, a essas entidades também se aplica a sequência: pregão eletrônico -> pregão presencial -> concorrência -> tomada de preços -> convite”.

4.1.3 Espécies

O pregão é modalidade de licitação, sendo possível o uso de dois procedimentos administrativos. São, portanto, duas espécies, onde pregão é o gênero, sendo as espécies presencial e eletrônica.

“O pregão presencial foi instituído e disciplinado pela Medida Provisória nº 2.026, de 2000. Mais tarde foi regulamentado, conforme Anexos I e II, pelo Decreto Federal nº 3.555, de 2000. Com a conversão da Medida Provisória nº 2.182-18, a última reeditada a esse respeito, passou a ser disciplinado pela Lei Federal nº 10.520, de 2002, e por esse decreto, consoante suas posteriores alterações, desde que não conflitem com essa lei” (GASPARINI, DIÓGENES; 2009, p. 29).

Definição desta espécie é dada pelo art. 2º do Regulamento (Anexo I) aprovado pelo Decreto nº 3.555/2000: “[...] em que a disputa pelo fornecimento de bens ou serviços comuns é feita em sessão pública, por meio de propostas de preços escritas e lances verbais”.

O pregão eletrônico, por sua vez, estava previsto e autorizado sua utilização pelas medidas provisórias que precederam a Lei Federal do Pregão, sendo posteriormente editado o Decreto Federal nº 3.697/2000 e o atual Decreto 5.450/2005.

Não obstante, nenhuma das legislações supra definiu um conceito legal ou regulamentar de pregão eletrônico. Gasparini (2009, p. 31) o fez com propriedade:

“Espécie de pregão em que a disputa pelo fornecimento de bens ou prestação de serviços comuns à Administração Pública é feita à distância, em tempo real e em sessão pública, por meio de propostas de preços e lances visando melhorá-las, apresentados pela Internet”.

Ater-nos-emos, no presente trabalho, a elucidar o procedimento da espécie presencial. Contudo, se faz necessário esclarecer o que significa bens comuns ou serviços comuns, sendo que esta é a exigência para a modalidade do pregão.

4.1.4 Bens e Serviços Comuns

Como visto, o uso do pregão é sempre restrito à aquisição de bem comum ou à contratação de serviço comum. O parágrafo único do art. 1º da Lei Federal do Pregão dispõe:

“Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”.

Referida definição, segundo doutrina majoritária, é deficiente e não satisfaz, já que o próprio Decreto Federal nº 3.555/2000 trazia em seu Anexo II uma lista exemplificativa de bens e serviços comuns (revogado pelo Decreto nº 7.174/10).

Assim, Marçal Justen Filho (2003, p. 30) define bem ou serviço comuns como “aquele que apresenta sob identidade e características padronizadas e que se encontra disponível, a qualquer tempo, num mercado próprio”.

Para Gasparini (2009, p. 36) também o fez:

“Quando o bem ou serviço desejado pela Administração Pública for identificável pelo nome usual de mercado pode-se afirmar tratar-se de bem ou serviço comum. Com essa característica contam-se, entre outros, os bens: água mineral, gasolina, botijão de gás, óleo combustível, caneta esferográfica, papel almaço com pauta. Por sua vez, são, por exemplo, serviços comuns: limpeza de sanitários públicos, pintura de guias, digitação do manuscrito de um livro, transporte de valores.”.

Esclarecidos, portanto, o cabimento do pregão, sua obrigatoriedade, suas espécies e a definição de bens e serviços comuns, analisaremos o procedimento propriamente dito.

4.2 Procedimento do Pregão Presencial

Cumprido esclarecer que o pregão presencial é um procedimento administrativo composto por duas fases, uma interna e outra externa.

No dizer de Gasparini (2009, p. 33):

“A responsabilidade pela fase interna, a cronologia e os atos que nela ocorrem estão indicados, substancialmente, no art. 3º da Lei Federal do Pregão e no art. 8º do Anexo I do Decreto Federal nº 2.555, de 2000. A responsabilidade pela fase externa, a cronologia e os atos que nela ocorrem estão, substancialmente, indicados no art. 4º da Lei Federal do Pregão e no art. 11 do Anexo I do Decreto Federal nº 3.555, de 2000”.

4.2.1 Fase Interna

O Ministério do Planejamento do Governo Federal (2000, p.12-13) resumiu os atos pertencentes à fase interna, também denominada de fase preparatória, ao expor:

“Compreende os atos requeridos para a abertura do processo licitatório. Durante esta fase os trabalhos são realizados em âmbito interno, com a participação do dirigente responsável por compras e contratações, da unidade administrativa ou área encarregada de serviços gerais e da unidade ou área da qual se origine a demanda pela licitação. [...] A instauração de procedimento licitatório na modalidade pregão dar-se-á por ato da Autoridade Competente, que examinará e aprovará a minuta de Edital com seus anexos. O Edital é produzido com o concurso de outros documentos previamente elaborados pela Unidade Administrativa ou área que demanda a realização da licitação e, portanto, conhece detalhadamente os bens ou serviços a serem adquiridos. É exigida a prévia elaboração de Termo de Referência, que instruirá o processo visando a instauração da licitação. De forma concomitante, poderão ser elaboradas as planilhas de custo. Em seguida, é verificada a disponibilidade de recursos orçamentários e providenciada a designação do pregoeiro e respectiva equipe”.

Discorre Dallari (2006, p. 89) com relação à fase interna:

“Na fase preparatória do procedimento estariam os atos destinados a formar a intenção da Administração em abrir um chamamento público; fixar precisamente o objeto do futuro contrato; estabelecer as condições do certame; em caso de dúvida, proceder a uma avaliação estimativa da eventual despesa; em se tratando de órgão ou entidade cuja movimentação contábil seja regida pelas normas da contabilidade pública, verificar a existência de recursos orçamentários; determinar ou autorizar a abertura de licitação, bem como designar agentes administrativos especificamente encarregados do seu processamento”.

Legislação sobre a fase em análise é transcrita a seguir:

“Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:
I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;

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

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

IV - a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.

§ 1º A equipe de apoio deverá ser integrada em sua maioria por servidores ocupantes de cargo efetivo ou emprego da administração, preferencialmente pertencentes ao quadro permanente do órgão ou entidade promotora do evento.

§ 2º No âmbito do Ministério da Defesa, as funções de pregoeiro e de membro da equipe de apoio poderão ser desempenhadas por militares”.

Em complementação ao artigo supra, os artigos 5º e 6º trazem, respectivamente, proibições e prazo da validade da proposta que devem ser observados ainda na fase interna, expostos a seguir:

“Art. 5º É vedada a exigência de:

I - garantia de proposta;

II - aquisição do edital pelos licitantes, como condição para participação no certame; III - pagamento de taxas e emolumentos, salvo os referentes a fornecimento do edital, que não serão superiores ao custo de sua reprodução gráfica, e aos custos de utilização de recursos de tecnologia da informação, quando for o caso.

“Art. 6º O prazo de validade das propostas será de 60 (sessenta) dias, se outro não estiver fixado no edital”.

Observa-se, portanto, que os citados artigos pertencentes à Lei Federal do Pregão descrevem as decisões que condicionarão todo o procedimento licitatório. Semelhantemente prevê o Decreto nº 3.555/2000 em seu artigo 8º, ao estipular regras desta fase interna:

Art. 8º A fase preparatória do pregão observará as seguintes regras:

I - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou a realização do fornecimento, devendo estar refletida no termo de referência;

II - o termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato;

III - a autoridade competente ou, por delegação de competência, o ordenador de despesa ou, ainda, o agente encarregado da compra no âmbito da Administração, deverá:

- a) definir o objeto do certame e o seu valor estimado em planilhas, de forma clara, concisa e objetiva, de acordo com termo de referência elaborado pelo requisitante, em conjunto com a área de compras, obedecidas as especificações praticadas no mercado;
- b) justificar a necessidade da aquisição;
- c) estabelecer os critérios de aceitação das propostas, as exigências de habilitação, as sanções administrativas aplicáveis por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos e das demais condições essenciais para o fornecimento; e
- d) designar, dentre os servidores do órgão ou da entidade promotora da licitação, o pregoeiro responsável pelos trabalhos do pregão e a sua equipe de apoio;

IV - constarão dos autos a motivação de cada um dos atos especificados no inciso anterior e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento estimativo e o cronograma físico-financeiro de desembolso, se for o caso, elaborados pela Administração; e

V - para julgamento, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e os parâmetros mínimos de desempenho e de qualidade e as demais condições definidas no edital.

Sobre as normas expostas, Gasparini (2009, p. 57) ensina:

“Todos os dispositivos da fase preparatória, como o próprio nome indica, são de caráter instrumental, apontando os cuidados a serem observados principalmente na elaboração do edital. Eles não disciplinam a disputa entre os licitantes, mas, sim, regem o comportamento dos encarregados de promover e decidir a disputa”.

Aspecto de relevância da fase preparatória é a designação do pregoeiro, que, isoladamente, dispõe de grande poder pessoal, motivo pelo qual há de se proceder com extrema cautela quanto a quem escolher.

Aliás, Carlos Motta (2005, p. 953) esclarece que além de presidir uma assembleia, deve:

“Incentivar a participação; organizar as intervenções; velar pela lisura e respeitabilidade de todo o procedimento [...] executar individualmente atividades técnicas e decisórias de certa complexidade, que a tradição e a lei preexistente submetiam a um colegiado – a comissão de licitação”.

Tal concentração de poder visa a um dos interesses públicos objetivados no pregão, a celeridade na atuação administrativa, ou seja, a rapidez. Não obstante, alto é o risco de que a

referida autoridade, em posição privilegiada, favoreça uma das partes, prejudicando as demais, com aparente cumprimento à lei, caracterizando o desvio de poder.

Para se combater o eventual desvio de poder, o STF tem-se utilizado do princípio da razoabilidade com bastante frequência, devendo, portanto, o pregoeiro obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, de acordo com o senso comum.

Desta forma, em face da grande responsabilidade do pregoeiro, o Decreto nº 3.555/2000 estabelece que o mesmo pode ser coadjuvado por equipe de apoio, que exercerá função de controle, consistente em fiscalização, acompanhamento e aconselhamento.

Gasparini (2009, p. 63) pontua que “a autonomia da equipe de apoio não retira poderes do leiloeiro, que é efetivamente quem decide, mas lhe confere, sem dúvida alguma, maior segurança no desempenho de sua importantíssima função”.

Ressalta-se, outrossim, que qualquer dúvida interpretativa sobre as normas que disciplinam a fase interna, deve-se observar o disposto do art. 3º da Lei 8.666/93, já que esta tem aplicação subsidiária ao pregão, que dispõe:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional, e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.

Aberto o procedimento licitatório, definido seu objeto, justificada a necessidade, estabelecidos os critérios de aceitação das propostas, exigências de habilitação e eventuais sanções, e, por fim, designado o pregoeiro, inicia-se a fase externa do pregão, que tem início com a convocação dos interessados.

4.2.2 Fase Externa

Há na fase externa, tal qual na interna, um caminho compulsório a ser seguido, composto de etapas, de forma a alcançar o objetivo maior: obter a proposta mais vantajosa à Administração.

“Fase externa” significa dizer que até a publicidade do edital, o processo caminhou sem a participação de estranhos à Administração. É, pois, com a publicidade editalícia que o mercado passa a conhecer os requisitos e regras da competição.

O art. 4º da Lei 10.520/02 esclarece que a fase externa tem início com a convocação dos interessados mediante a publicação de aviso, que nada mais é do que um extrato do conteúdo do edital.

Referida publicação se dá de forma obrigatória no diário oficial do ente federado e em jornal de circulação local, bem como de forma facultativa por meios eletrônicos e jornal de grande circulação.

O Decreto nº 3.555/00 eleva o número obrigatório de publicações na administração federal, sendo necessárias publicações no diário oficial, em meio eletrônico e em jornal de grande circulação regional ou nacional, para contratação de bens e serviços com valor superior à R\$650.000,00.

Em que pese a faculdade conferida quanto à publicação, certo é que, em observância ao princípio da competitividade, se deve ampliar a publicidade mediante todos os veículos de informação, sendo esta a forma mais eficaz de combater cartéis e monopólios de fornecedores.

O Ministério do Planejamento do Governo Federal (2000, p. 20-21) expôs que do aviso devem constar a definição do objeto da licitação e a indicação do local, dias e horários em que poderá ser obtida a íntegra do Edital ou ser o mesmo lido pelos interessados e recebidas as propostas, esclarecendo ainda que o prazo para apresentação das propostas não poderá ser inferior à 8 dias úteis, contados a partir da publicação do aviso.

Cabe ao Edital, por sua vez, enunciar as regras da licitação. No dizer de Gasparini (2009, p. 77),

“O conteúdo do edital não discrepa, em essência, daquele que se extrai dos incisos do art. 40 da Lei nº 8.666/93. O inc. III do art. 4º sintetiza-os em três grupos: (a) o dos elementos necessários a especificar o objeto em licitação; (b) o das normas que disciplinam o procedimento propriamente dito; (c) e o da minuta do contrato, se for o caso”.

Tendo-se em conta o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, no qual a Administração e os licitantes ficam vinculados aos termos do Edital, qualquer irregularidade no referido instrumento convocatório é passível de impugnação, nos termos do art. 12 do Decreto nº 3.555/00, bem como o art. 41 da Lei 8.666/93, que deverá ser decidida pelo pregoeiro no prazo de 24 horas.

Continua Gasparini (2009, p. 83):

“No dia, hora e local designados no edital do pregão presencial, devem os interessados encontrar a figura do pregoeiro a postos, para receber o envelope que contém a proposta de preço e o que encerra os documentos de habilitação. O primeiro ato de que a lei incumbe o pregoeiro é o de receber esses envelopes. O segundo é o de certificar-se da identificação de cada licitante”.

Observa-se que são apresentados ao pregoeiro dois envelopes: O primeiro contendo a identificação da numeração do pregão, do objeto e do preço oferecido; o segundo contendo a documentação de habilitação do interessado.

Novamente o ilustre doutrinador Gasparini (2009, p. 85) ensina que “o inc. VII do art. 4º define a terceira providência do pregoeiro, uma vez aberta a sessão pública: colher dos licitantes declaração expressa de que atendem aos requisitos de habilitação”. Não se trata de comprovação habilitatória, mas meramente uma declaração condicionante à participação do pregão, de forma a dissuadir àqueles que não cumpram com os requisitos editalícios.

Em seguida, apenas os envelopes contendo as propostas de preço são abertos, verificando-se a conformidade das mesmas com os requisitos definidos no edital. Há, neste momento, a inversão das etapas do procedimento do pregão em relação às demais modalidades licitatórias, já que a comprovação documental de atendimento aos requisitos da habilitação só se dará no caso da proposta vencedora, de forma a simplificar o processo, tornando-o mais célere.

Os preços são registrados em sistema informatizado projetado em tela ou anotado em quadro-negro, desde que assegurada a perfeita visualização aos licitantes, classificando-se os valores apresentados em ordem decrescente.

Participam da etapa seguinte, consistente em lances verbais, apenas os que ofereceram propostas cujo valor esteja situado no intervalo entre o menor preço oferecido e as propostas com preços até 10% superiores àquela. Com isso, visa-se punir aos que apresentam propostas fora da realidade, obrigando todos os licitantes a apresentarem valores reais de

mercado, sob pena de não poderem fazer lances verbais por terem ofertado valor superior em 10% ao mínimo apresentado.

Caso não haja ao menos 3 (três) licitantes nas condições supra expostas, autoriza-se até o máximo de três licitantes passar para a fase de lances verbais, ainda que superiores em 10% do menor valor dado.

Aos selecionados, é permitido apresentar lances verbais, obrigatoriamente em ordem decrescente ao mínimo apresentado nas propostas, de forma a escolher o licitante que pode oferecer o bem ou serviço comum com o menor valor possível.

Certo é que o menor preço deve atender a todos os critérios de qualidade especificados em edital, sob pena de desclassificação do certame, ainda que ofereça o menor preço.

Esgotada a apresentação de lances verbais, cabe ao pregoeiro aferir duplamente a proposta classificada em primeiro lugar:

“[...] quanto ao objeto e ao valor. Dessa aferição resultará a aceitação ou a recusa da proposta. A decisão haverá de ser motivada, isto é, o pregoeiro explicitará em ata as razões de fato e de direito (motivos) que o convencem da aceitabilidade, ou não, da proposta cujo preço é o menor, ao cabo dos lances verbais” (GASPARINI, DIÓGENES; 2009, p. 90).

Após a decisão com aprovação, verifica-se a integridade dos documentos habilitatórios do proponente selecionado. Resta claro que, ao contrário do que ocorre nas modalidades tradicionais de licitação, a habilitação só se dá após a escolha da proposta mais vantajosa, tornando o pregão muito mais célere.

Por este motivo, esclarece o Ministério do Planejamento do Governo Federal (2000, p. 27) que “estas inovações simplificam os procedimentos e dispensam a trabalhosa e demorada habilitação de todos os contendores, antes da confrontação entre suas propostas”.

Abre-se, então, o envelope com os documentos de habilitação do proponente selecionado, visando dar cumprimento ao art. 4º, inc. XIII da Lei 10.520/02, que dispõe:

“a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira”.

Salienta-se que em caso de inabilitação do proponente selecionado, por não possuir os documentos habilitatórios tal qual previsto no instrumento convocatório, examina-se os

documentos do licitante classificado em segundo lugar e assim sucessivamente, até a ocasião em que um atenda às exigências do edital.

Uma vez habilitado o licitante que ofertou o menor preço, o pregoeiro o declara como vencedor, sendo este o momento para qualquer interessado manifestar a intenção de recorrer, explicitando a fundamentação para análise prévia do pregoeiro, nos termos do art. 4º, inc. XVIII, exposto a seguir:

“Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contrarrazões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos”.

Por fim, os incisos XXI e XXII estabelecem as regras finais da fase externa:

“XXI - decididos os recursos, a autoridade competente fará a adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor;
XXII - homologada a licitação pela autoridade competente, o adjudicatário será convocado para assinar o contrato no prazo definido em edital”.

Desta forma, finaliza-se a sessão do pregão, conforme esclareceu o Ministério do Planejamento do Governo Federal (2000, p. 31), “com a leitura e consequente assinatura da ata por todos os licitantes presentes, pelo pregoeiro e respectiva equipe de apoio”.

Consigna-se, por fim, que a validade da proposta é de 60 (sessenta) dias caso o edital não tenha fixado outro, sendo que, caso a Administração convoque o vencedor para celebrar o contrato enquanto válida a proposta, em caso da não celebração do mesmo, incorrerá o licitante nas penalidades previstas no art. 7º da Lei 10.520.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Realizou-se, por meio do presente estudo, um apanhado geral de conceitos teóricos transmitidos por doutrinadores renomados acerca da licitação, de sua necessidade e importância. Exploramos os princípios constitucionais e administrativos que estabelecem, de forma direta ou indireta, todos os ditames de qualquer licitação, sendo sua importância vital para o sucesso do Administrador. Por fim, abordaram-se as modalidades licitatórias, detalhando cada fase do pregão presencial, disciplinado pela Lei nº 10.520/02.

Ao término do presente trabalho, não poderíamos deixar de opinar acerca de algumas peculiaridades do pregão presencial:

Primeiramente, o grande diferencial desta modalidade licitatória, em relação às demais, se traduz na verificação dos documentos necessários para habilitação apenas após a escolha do proponente selecionado. Desta forma, o certame se torna extremamente célere, pois, não perde tempo observando documentos dos licitantes que não serão contratados. A isso a doutrina denomina de “inversão da fase habilitatória”.

Uma segunda observação se refere ao pregoeiro, que, isoladamente, dispõe de grande poder pessoal, motivo pelo qual há de se proceder com extrema cautela quanto a quem escolher para desempenhar essa função. Tal característica visa à celeridade na atuação administrativa, em que pese o alto risco de favorecimento a uma das partes. Vale aqui sugerir a obrigatoriedade do pregoeiro em ser coadjuvado por uma equipe de apoio, e não apenas uma faculdade tal qual prevista no Decreto 3.555/00.

O terceiro e último ponto a ressaltar se refere à proibição da licitação na modalidade do pregão quando o bem desejado não for bem ou serviço “comum”, visto que, na prática, nem sempre tal regra é observada. A atuação do Ministério Público é necessária para coibir tal violação, por meio de ação civil pública que requer indenização ao erário e demais penalidades elencadas em lei própria ao Administrador responsável.

Pretensioso seria concluirmos que tudo referente ao pregão foi tratado. Não foi, nem pode sê-lo, em virtude da recente legislação aplicada ao assunto, bem como em função da jurisprudência, que se altera com o passar do tempo para coibir novas irregularidades ou dúvidas surgidas pelos operantes do Direito.

Acreditamos, contudo, que os objetivos geral e específico foram abordados e alcançados com sucesso, de forma que nossa esperança se traduz na contribuição aos

Administradores Públicos e demais operantes do Direito, esclarecendo as principais peculiaridades do pregão e como utilizá-lo de maneira correta.

Concluimos, portanto, que o pregão é a modalidade objetivada pelos Administradores em função de sua celeridade, sendo necessário para que a igualdade seja sempre alcançada nas aquisições de bens ou serviços comuns, desde que alicerçada sobre os princípios constitucionais e administrativos.

REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Antônio José. **Moralidade Administrativa**. RDA 25/454.

BRASIL. Ministério do Planejamento do Governo Federal. **Pregão: Uma Nova Modalidade de Licitação**. Brasília, 2000. Disponível em www.prse.mpf.gov.br/arquivospdf/Licitacao.pdf. Último acesso aos 27 de outubro de 2010.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 7ª ed., São Paulo: Juriscredi, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 11ª ed., São Paulo: Atlas, 1999.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **Concorrência Pública**. RT 236/429.

FRANCO, J. Nascimento; GONDO, Niske. **Concorrência Pública**. 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993.

GASPARINI, Diógenes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 2ª ed., São Paulo: Fórum, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico**. 2ª ed., São Paulo: Dialética, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 20ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 31ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 10ª ed., São Paulo: RT, 1991.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratos**. 10ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Reforma Administrativa**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 1999.

SILVA, Antônio Marcello da Silva. **O Princípio e os Princípios da Licitação**. RT 532/27 e RDA 136/34.

SILVA, Carlos Medeiros. **Parecer**. RDA 79/465.

SOARES, Mário. **A Licitação Internacional como Instrumento de Integração**. 2010. Disponível em http://www.conlicitacao.com.br/oquee/artigos/licitacoes_e_contratos/mario_soares_rafael_tanure_2006_02_08.01.php. Último acesso aos 27 de outubro de 2010.