



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL
DE MINAS GERAIS

REVISTA DE MONOGRAFIAS

I Concurso de Monografias do TRE-MG

Nº 1

2010
Belo Horizonte

**A ATUAL LEI DE LICITAÇÕES E A UTILIZAÇÃO DO PREGÃO
ELETRÔNICO E DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS NO
ÂMBITO DA JUSTIÇA ELEITORAL**

José Carlos Geraldo da Matta

Servidor do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais

Seção de Licitações

RESUMO: Monografia inscrita no I Concurso de Monografias do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, em fevereiro de 2010, em conformidade com a previsão da Portaria DG nº 846/2009 e alterações. No presente trabalho objetiva-se estudar a atual lei de **licitações** e contratos com a administração pública, o **Sistema de Registro de Preços** e a modalidade de licitação **Pregão** e suas aplicações no âmbito da **Justiça Eleitoral**. Procedida a ampla pesquisa bibliográfica e documental, procurou-se transcender a análise insita ao tema e oferecer uma visão sobre a perspectiva do instituto em face do novo paradigma da **administração pública consensual**, com ênfase na **participação, planejamento e controle**.

Palavras chaves: Licitações. Pregão. Sistema de Registro de Preços. Justiça Eleitoral. Administração pública consensual. Planejamento. Participação. Controle.

SUMÁRIO: 1. À GUIA DE INTRODUÇÃO. 2. A ATUAL LEI DE LICITAÇÕES E A UTILIZAÇÃO DO PREGÃO ELETRÔNICO E DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS NO ÂMBITO DA JUSTIÇA ELEITORAL. 2.1 Críticas ao procedimento licitatório. 2.1.1 *Visão geral*. 2.1.1.1 Processo e procedimento. 2.1.1.2 Sistema legal. 2.1.1.3 Princípios. 2.2 A atual Lei de Licitações. 2.2.1 *Perspectivas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. 2.2.1.1 Planejamento e controle. 2.2.1.2 Participação e consenso. 2.3 Pregão. 2.3.1 *A nova modalidade de licitação*. 2.3.2 *Sistema de Registro de Preços (SRP)*. 2.3.2.1 Examinando o Sistema de Registro de Preços. 2.3.2.2 A controvérsia da adesão à Ata de Registro de Preços - o "carona". 2.3.3 *Lei Complementar nº 123/2006 e seus reflexos nas licitações*. 2.4 Licitações no âmbito da Justiça Eleitoral. 2.4.1 *Alguns dados concretos*. 3. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 À GUIA DE INTRODUÇÃO

Pedra de toque da administração pública, o controle da atividade administrativa no Brasil parece constituir-se num oxímoro. Em boa medida, essa situação reflete um dos maiores gargalos da atividade administrativa no país: o planejamento.

Não são poucos os instrumentos de planejamento da atividade administrativa colocados à disposição do administrador, nem tais instrumentos lhe são desconhecidos, são recentes ou alvo de grande inovação.

O planejamento da atividade administrativa foi objeto do **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**, que já trazia em seu bojo mecanismos de controle da atividade administrativa. A **Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964**, estabelece regras para o processo orçamentário, que vieram a ser aprimoradas pela **Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF -, Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. A necessidade de licitação prévia e sua regulamentação como condição para a aquisição e contratação de bens e serviços com a administração pública é prevista pela **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Esses são exemplos de normas que disciplinam a atividade administrativa, estabelecem meios de controle e são amplamente conhecidos por todos aqueles que trabalham junto à administração pública, quer sejam operadores jurídicos, administradores públicos ou mesmo particulares.

De fato, a regulamentação da atividade administrativa, como não poderia ser diferente, é prenhe de normatização, seja mediante legislação em sentido estrito, voltada ao estabelecimento dos limites do exercício do poder estatal, seja através de normas infralegais que regulamentam seu exercício. Essa normatização relaciona-se diretamente com todos os ramos do Direito e, mesmo sendo objeto de críticas, fundadas ou não, contribuem para o aprimoramento da atividade administrativa no setor público.

É inarredável o fato de que, ao lidar com *res publica*, o controle é essencial. "O preço da liberdade é a eterna vigilância". O preceito democrático aplicado às liberdades públicas é ajustado ao extremo, em se tratando da coisa pública. E não devemos nos insurgir contra a necessidade do controle da atividade pública em qualquer nível ou Poder, senão buscar seu aperfeiçoamento.

Com efeito, quando se fala que o controle da administração é uma contradição entre termos, o que se quer é evidenciar não a impossibilidade desse controle, mas sua pouca efetividade, que, a

I Concurso de Monografias do TRE-MG

nosso ver, entre outras causas, tem supedâneo no desprezo pela necessidade de planejamento da atividade administrativa.

Com o escopo de lidar com o tema espinhoso do procedimento licitatório no âmbito da Justiça Eleitoral, advertimos que não há como fugir à crítica comum ao tema, tanto em seu âmbito mais abrangente, já que não só à vista desta Justiça Especializada têm lugar tais críticas, mas também em seu conteúdo, uma vez que elas não se caracterizam por inovar o tema, o que as torna ainda mais contundentes.

E entre as mais agudas críticas que podem ser formuladas ao procedimento licitatório, a carência de planejamento da atividade administrativa, estreme de dúvidas, é a mais relevante. Tal mazela é responsável pelo fracasso de inúmeros procedimentos e, pior, pela ocorrência de procedimentos desnecessários, importando em graves prejuízos de tempo e recursos.

Mas não residem apenas junto à administração aspectos que podem ser vistos como esgotamento do sistema. De maneira geral aqueles que se relacionam com a administração e, em particular, com os fornecedores, frequentemente se encontram desinformados ou equivocados, o que importa perquirir sobre o fracasso do procedimento licitatório ante o princípio da publicidade; afinal, a informação, o mais perfeita possível, é condição essencial para a publicidade e para a competitividade.

Nesse sentido, ainda persiste o problema, à parte de quaisquer esforços da administração em promover a ampla informação sobre os procedimentos, o que esbarra nas suas próprias limitações internas, decorrentes da organização e divisão do trabalho, que faz com que o processo licitatório, com suas peculiaridades, não seja conhecido por todos os servidores, mesmo por aqueles que com ele interajam de alguma maneira.

Todavia, a desinformação, por mais grave que seja, é um problema que se tem buscado superar de parte a parte, tanto pela administração, ao promover cursos, palestras e mesmo concursos culturais como este, quanto pelos particulares, que envidam esforços no sentido de formar pessoal, capacitando-os para atuarem nos procedimentos licitatórios.

Salientamos que os resultados deste esforço permitem vislumbrar futuros efeitos alvissareiros em relação ao processo licitatório em termos de eficácia do controle, do planejamento e da maneira como se dá a relação entre a administração e aqueles que buscam se relacionar com ela direta ou indiretamente.

Ainda há um longo caminho a percorrer para aprimorar a sistemática envolvida na aquisição de bens e serviços pela administração pública. Contudo, buscaremos demonstrar que as perspectivas anunciam que esta sistemática não se encontra exaurida, mas transita para uma evolução nas relações entre os envolvidos que parecem esboçar uma salutar parceria entre a administração e aqueles que com ela se relacionam.

Afins com essa nova perspectiva de relacionamento entre a administração e os particulares, estão os temas do Pregão Eletrônico e do Sistema de Registro de Preços, que trataremos de forma mais detida neste trabalho e que reputamos como um avanço insuscetível de retrocesso na sistemática das licitações.

Por questões metodológicas, o tema será abordado em seus aspectos teóricos, atentando-se para a mais atual e autorizada doutrina, dividindo-se esta pesquisa na análise de um plano geral sobre a licitação, situando-a no campo de abrangência do Direito Administrativo, partindo para o estudo da atual legislação de regência da matéria, examinando ainda peculiaridades do pregão, tanto o presencial como o eletrônico, e do Sistema de Registro de Preços (SRP), para finalizar com aspectos referentes à licitação no âmbito da Justiça Eleitoral.

Embora conciso, este trabalho procura ser abrangente sem ser muito superficial. Dessa maneira, optamos por buscar uma análise mais densa dos vários aspectos abordados, a fim de obtermos a necessária sustentação para a visão crítica que pretendemos fornecer neste estudo, ao longo das páginas que se seguem.

2 A ATUAL LEI DE LICITAÇÕES E A UTILIZAÇÃO DO PREGÃO ELETRÔNICO E DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS NO ÂMBITO DA JUSTIÇA ELEITORAL

A nova ordem institucional que se estabelece a partir da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988 (CRFB/88), trouxe significativos avanços em todos os sentidos da vida deste País, notadamente no que se refere ao trato da coisa pública.

A relação entre os cidadãos e o Estado adquiriu matizes democráticos fundados no respeito mútuo e na limitação dos poderes do último em face dos primeiros. Esses limites se estabeleceram não só pela positivação de inúmeros princípios, mas também pela sua

I Concurso de Monografias do TRE-MG

elevação, ainda que não positivados, à categoria de norma com eficácia garantida constitucionalmente¹.

Uma nova consciência gradativamente se forma com vistas ao papel do Estado e sua relação com a sociedade e, conquanto ainda restem aspectos patrimonialistas na gestão da coisa pública, é sensível a sofisticação e mudança desta relação, que, podemos afirmar, transita de uma gestão personalista do Estado para uma gestão publicista. Entre os vários aspectos que comprovam esta ideia podemos citar, como exemplos, a adoção de concursos públicos de provas e de provas e títulos para provimento de cargos, funções e empregos na administração pública, a ampliação do acesso à Justiça e, com particular interesse, a obrigatoriedade da licitação prévia à aquisição e contratação de bens e serviços pela administração.

2.1 Críticas ao procedimento licitatório

A licitação é conceituada por Celso Antônio Bandeira de Mello como:

[...] um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher proposta mais vantajosa à conveniência pública².

Importa ainda dizer que a licitação é princípio constitucional³ expresso, inserto na CRFB/88, em seu art. 37, XXI, e que, para além de sua função de proporcionar a satisfação do interesse público e de suas necessidades mediante a aquisição e contratação de bens e serviços, viabiliza a função de controle, o que, mais que provocar o engessamento da administração ou provocar empecilhos à atividade administrativa, torna eficaz o exercício da cidadania.

As críticas mais comezinhas a respeito da licitação residem, de um lado, por parte da administração, no engessamento imposto

¹ Cf. MAGALHÃES, 2005, p. 88: Observa-se na teoria jurídica e constitucional contemporânea, uma guinada metodológica especialmente caracterizada pelo reconhecimento da normatividade dos princípios jurídicos, de maneira que eles não sejam mais vistos apenas como diretrizes contidas nos ordenamentos jurídicos, ou como meros meios de integração de lacunas ou métodos subsidiários de interpretação, conforme está disposto no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

² MELLO, 2008, p. 514.

³ Cf. SILVA, 2008, p. 672: Licitação é um procedimento administrativo destinado a provocar propostas e a escolher proponentes de contratos de execução de obras, serviços, compras ou de alienações do Poder Público. O princípio da licitação significa que essas contratações ficam sujeitas, como regra, ao procedimento de seleção de propostas mais vantajosas para a Administração Pública. **Constitui um princípio instrumental de realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes.**

pela Lei, que, com frequência, obstaculiza a obtenção de bens e serviços de melhor qualidade, em virtude de impor restrições ao estabelecimento de preferências da administração pública por marcas ou fornecedores, enquanto, no reverso na medalha, encontram-se fornecedores assolados por regras que não são claras ou pela incerteza quanto à correção do certame. Tais críticas não são novidade e, como já afirmamos, exatamente por isso, e por ainda não terem sido satisfatória e completamente respondidas, é que são tão contundentes.

É inegável a evolução da sistemática relativa à licitação, com inovação normativa e administrativa de parte a parte. Mas ainda resta um ranço de desconfiança entre administração e fornecedores e, bem assim, entre fornecedores e fornecedores. Tal ranço dá azo a práticas por vezes inconfessáveis entre todos os envolvidos em certames dos mais diversos objetos, modalidades e tipos, o que, mesmo às vezes adquirindo uma perspectiva mítica ou anedótica, contribui para a preservação da percepção negativa que envolve as licitações.

A idéia de que o tratamento isonômico pode representar uma ameaça à economicidade do processo é discutível. A isonomia assegura a sua competitividade e sua transparência. Pelo tratamento isonômico uma maior quantidade de competidores pode acorrer ao procedimento licitatório e daí pode-se obter um resultado econômico mais interessante.

Ressalte-se que, em sede de administração pública, o controle é sempre indispensável, assim como a proteção à participação e à transparência, a partir de normas de regência que os viabilizem, é sempre bem vinda. A isonomia assegura a competitividade e a transparência do processo licitatório, e, por esta razão, não podemos concordar com a idéia de que seja antieconômica.

2.1.1 Visão geral

Para Marçal Justen Filho *“Licitação é o procedimento administrativo destinado a selecionar, segundo critérios objetivos predeterminado, a proposta de contratação mais vantajosa para a Administração, assegurando-se ampla participação dos interessados, com observância de todos os requisitos legais exigidos”*⁴.

⁴ JUSTEN FILHO, 2008, p. 11.

I Concurso de Monografias do TRE-MG

Nunca é demais observar que a licitação se sujeita aos princípios conformadores da atividade administrativa, previstos no art. 37, *caput*, da CRFB/88: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Além desses, como veremos adiante, está sujeita aos demais princípios do Regime Jurídico Administrativo.

A competência legislativa privativa da União, conforme prevista no art. 22, XXVII, da CRFB, para edição de 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, foi exercida pelo legislador ordinário mediante a edição da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Conquanto deva ser ressaltada a polêmica sobre a edição de normas gerais e normas específicas, veiculadas no referido diploma, cabe afirmar que a sistematização promovida pela Lei nº 8.666/93 contribui para uma observância mais generosa dos princípios de regência da matéria, na medida em que racionaliza sua regulamentação, permitido maior publicidade aos certames e a competitividade desejada, o mais ampla possível.

A edição da Lei nº 8.666/93 não veda a edição de normas locais de caráter especial, no âmbito de Estados e Distrito Federal, e condiz com o entendimento de que existem normas de aplicação estritamente no âmbito federal. A racionalização da matéria produz um núcleo duro, que impõe sua observação por todos os entes federativos no que se refere à licitação e à contratação⁵.

A adoção de critérios consentâneos à base principiológica da licitação, sobremaneira aos princípios da isonomia e da impessoalidade, tornam possíveis as condições para a participação de licitantes que possam satisfazer as necessidades da administração configuradas no objeto do certame. E é bom ressaltar que as necessidades da administração têm necessariamente de ser concertadas com o interesse público, pois somente isso pode justificar a realização do procedimento.

⁵ Cf. JUSTEN FILHO, 2008, p. 17: *pode-se afirmar que norma geral sobre licitação e contratação administrativa é um conceito jurídico indeterminado cujo núcleo de certeza positiva compreende a disciplina imposta pela União e de observância obrigatória por todos os entes federados [...], atinente a disciplina de: a) requisitos mínimos necessários e indispensáveis à validade da contratação administrativa; b) hipóteses de obrigatoriedade e de não obrigatoriedade de licitação; c) requisitos de participação em licitação; d) modalidades de licitação; e) tipos de licitação; f) regime jurídico da contratação administrativa.*

2.1.1.1 Processo e procedimento

Como se depreende do escólio da Mestra Maria Sylvia Zanella Di Pietro, com toda propriedade, processo não se confunde com procedimento, já que o primeiro:

[...] constitui-se de uma série de atos materiais ou jurídicos consistentes em estudos, pareceres, informações, laudos, audiências, tudo o que for necessário para instruir, preparar e fundamentar o ato final objetivado pela administração [...]

[...] o procedimento é o conjunto de formalidades que devem ser observados para a prática de certos atos administrativos estabelecidos em lei e cuja inobservância gera a ilegalidade do ato da Administração⁶.

Desta forma, quando nos referimos a processo licitatório, nós nos referimos à licitação em todas as suas fases, e quando nos referimos a procedimento licitatório, estamos fazendo menção à fase externa do processo, que envolve desde a publicação do edital até a homologação do resultado. Importa dizer que ao processo licitatório aplicam-se as mesmas garantias constitucionais relativas ao devido processo legal, com a observação de prazos regulamentares, procedimentais e recursais e o direito de participação conferido ao particular e à administração.

Carlos Pinto Coelho Motta assevera que:

[...] uma diretriz de natureza doutrinária recomenda para a melhor operacionalização do processo licitatório, dividi-lo em duas fases bem caracterizadas: a fase interna, conjunto de atos, que se inicia basicamente, pela requisição, forma o processo, contendo ainda, a autorização do ordenador de despesa, indicação do objeto, recurso próprio, edital, comprovante da publicação, ato de designação da comissão de licitação, informações, projeto básico e executivo, demonstrativos e pesquisa de preços de mercado, parecer sobre o edital, minuta de contrato entre outros atos; e a fase externa, o procedimento licitatório propriamente dito.⁷

No entender de Marçal Justen Filho:

[...] conforme a modalidade de licitação, as etapas podem ser simplificadas e ou invertidas e o tipo de licitação poderá

⁶ DI PIETRO, 2005, p. 544: *Em regra o procedimento é imposto com maior rigidez quando esteja envolvido não só o interesse público, mas também os direitos dos administrados, como ocorre na licitação, nos concursos públicos e nos processos disciplinares.*

⁷ MOTTA, 2008, p. 52-53.

I Concurso de Monografias do TRE-MG

conduzir a duplicação da etapa de julgamentos de propostas, dissociando-se o exame das propostas técnicas das comerciais.

Do mesmo autor, a síntese do *procedimento licitatório básico*, com base na modalidade *Concorrência*, apresentando as seguintes etapas:

[...] etapa de divulgação e publicidade do ato convocatório; etapa de entrega dos envelopes e julgamento da habilitação; etapa de publicidade da decisão da habilitação e exaurimento dos recursos; etapa de julgamento e classificação das propostas dos licitantes habilitados; etapa de publicidade da decisão de julgamento e classificação das propostas dos licitantes habilitados; etapa de publicidade da decisão e classificação das propostas e exaurimento dos recursos; etapa de providências complementares; etapa de adjudicação do objeto licitado ao vencedor⁸.

Uma licitação inicia-se com a participação e com o envolvimento de todos os setores administrativos no seu planejamento, realização e controle. A deficiência no envolvimento dos diversos setores acarreta frequentemente prejuízos, como a realização de procedimentos e a aquisição de bens e serviços desnecessários ou que não atendam às necessidades da administração e, mesmo que não ocorra a aquisição do objeto licitado, ainda restarão os prejuízos decorrentes dos custos do processo licitatório, que envolve recursos materiais e humanos consideráveis.

2.1.1.2 Sistema legal

A licitação tem sido objeto de regulamentação constante, o que reforça a ideia chave recorrente de que não tem seu papel relacionado apenas à busca de satisfação das necessidades da administração pela obtenção de proposta mais vantajosa acerca do objeto licitado, mas sim tem tido seu papel indissociado ao da necessidade de controle da atividade administrativa.

Desde as Ordenações Filipinas, a preocupação com o controle do processo licitatório sempre esteve presente, como faz saber em sua síntese Carlos Pinto Coelho Motta⁹. Apenas como notícia ilustrativa sobre as principais normas que regulamentaram o processo licitatório na legislação pátria, lembramos o Código de Contabilidade Pública, Decreto nº 15.783, de 22 de novembro de

⁸ JUSTEN FILHO, 2009, p. 408.

⁹ Cf. MOTTA, 2008, p. 2-6.

I Concurso de Monografias do TRE-MG

1922, aprovado pela Lei nº 4.632 de 6 de janeiro de 1923, a Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967 e o Decreto nº 2.300, de 21 de novembro de 1986.

As regras de competência previstas na CRFB/88 atribuem **competência exclusiva** à União para legislar sobre matérias específicas, **competência privativa** à União para legislar sobre matérias que apresentem reflexos nacionais e efeitos regionais ou mesmo estaduais, **competência concorrente** aos Estados-membros e Distrito-Federal para legislar sobre matérias com efeitos estaduais (locais), e **competência comum** para todos os entes federativos, União, Estados-membros, Distrito Federal e municípios para regulamentar os aspectos administrativos em seu respectivo âmbito.

Observamos ainda o parágrafo único do art. 22 que estabelece que a competência residual para regulamentar questões específicas das matérias relacionadas no artigo em referência, decorrente de legislação complementar autorizativa, é reservada apenas aos Estados-membros.

Nesse sentido, trazemos a irretocável lição de Marçal Justen Filho:

A interpretação da fórmula “normas gerais” tem de considerar a tutela constitucional à competência local. É inquestionável que a Constituição reservou competência legislativa específica para cada esfera política disciplinar licitação e contratação administrativa. A competência legislativa sobre o tema não é privativa da União. Se a competência para disciplinar licitação e contratação administrativa fosse exclusiva da União, a CF/88 não teria aludido a “normas gerais” e teria adotado cláusulas similares às previstas para o Direito Civil, Comercial, Penal etc. Não foi casual o art. 22 ter distribuído essas competências em dois inciso distintos. No inc. I, alude-se a competência privativa para dispor amplamente sobre todas as normas acerca de certos campos (Direito Civil, Comercial, Penal etc.); já o inc. XXVII trata da competência privativa para dispor apenas sobre normas gerais. A vontade constitucional, portanto, é de ressaltar a competência dos demais entes federais para disciplinar a mesma matéria.¹⁰

Em 21 de junho de 1993, foi editada a Lei nº 8.666, que traz a seguinte ementa:

Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitação e contratos da Administração pública e dá outras providências.

¹⁰ JUSTEN FILHO, 2008, p.17.

I Concurso de Monografias do TRE-MG

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos traz, em seu art. 15, II e § 3º, as previsões para um sistema de cotação e registros de preços de mercado.

Em 16 de junho de 1997, foi editada a Lei nº 9.472, que estabelecia o pregão como nova modalidade de licitação, aplicado no âmbito da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL. A Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, estendeu essa modalidade a todos os entes federativos. O pregão é regulamentado pelo Decreto nº 3.555, de 8 de agosto de 2000, no tipo presencial, e pelo Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, no tipo eletrônico.

A regulamentação de aspectos relativos ao pregão eletrônico é reputada inconstitucional por representar inovação na ordem jurídica, o que constitui fenômeno reservado à lei em sentido estrito, conforme pontua Joel de Menezes Niebuhr:

[...] da análise dos decretos existentes, depreende-se, com facilidade, que eles introduziram várias novidades na sistemática do pregão presencial, definida na Lei nº 10.520/02. Algumas questões realmente precisam de tratamento diverso, sem que sejam proveitosas meras adaptações da sistemática presencial. Por isso, não há como querer imprimir interpretação conforme a Constituição ou tentar minimizar a inconstitucionalidade que afeta tais decretos.

Que se diga com clareza: todos os decretos sobre pregão eletrônico, produzidos no País, são inconstitucionais, porquanto a delegação legislativa prescrita no §1º do artigo 2º da Lei nº 10.520/02 atenta ao procedimento enunciado no artigo 68 da Constituição Federal, bem como importa na edição por parte do Executivo de decretos que inovam a ordem jurídica, chamados decretos autônomos, o que é expressamente vedada pelo inciso IV do art. 84, também da Constituição Federal. Esses decretos são manifestamente inconstitucionais e só produzem eficácia porque infelizmente foram produzidos num país cujas instituições e cujo povo curvam-se a toda sorte de atentados à Constituição Federal.¹¹

A despeito da considerável ponderação do ilustre doutrinador acima citado, esposamos o raciocínio segundo o qual a existência do decreto autônomo é uma realidade jurídica, fundamentada na própria Constituição Federal, em seu art. 84, IV, "a", que, por força da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, alterou sua redação para suprimir a expressão "na forma da lei" e estabelecer¹²:

¹¹ NIEBUHR, 2008, p. 335-336.

¹² Cf. CARVALHO FILHO, 2008, p. 53. Note-se que a posição do autor é diversa da que adotamos, conquanto exponha adequadamente a nossa.

I Concurso de Monografias do TRE-MG

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

VI - dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa, nem criação ou extinção de cargos públicos;

Vem a calhar o escólio de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

[...] O princípio da legalidade, no âmbito do Direito Administrativo, não significa que as normas devem ser interpretadas apenas literalmente, dispensando os recursos da hermenêutica. Aliás, se assim fosse, as leis desse ramo do Direito seriam simples regras de manual. Contudo, o que se verifica é exatamente o contrário. No Direito Administrativo floresce com maior esplendor as linhas diretivas da vontade do povo, cristalizada na norma efetivando-se concretamente os sublimes valores da civilização na relação Estado-cidadania.¹³

2.1.1.3 Princípios

Para Luís Roberto Barroso, os princípios são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico¹⁴.

De fato, constituem uma malha da qual derivam a necessária integração e interdependência dos sistemas sociais, políticos, jurídicos, legais e administrativos que conformam as modernas sociedades democráticas. Diante disso, não podemos estabelecer quais princípios se aplicam a uma sistemática procedimental, posto que todos os princípios devem ser considerados.

Daí, como afirma Cristiana Fortini:

[...] além da imperiosidade de [a licitação] ater-se às regras dispostas em lei e aquelas que comporão o ato convocatório, os princípios também servirão de norte para atuação administrativa bem como para o proceder dos licitantes¹⁵.

Os seguintes princípios básicos que norteiam os procedimentos licitatórios devem ser observados, de acordo com o manual editado pelo Tribunal de Contas da União¹⁶, dentre outros:

¹³ FERNANDES, 2006, p. 35.

¹⁴ BARROSO, 2009, p. 203.

¹⁵ FORTINI, 2009, p. 56.

¹⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2006, p.16-17.

Princípio da Isonomia significa dar tratamento igual a todos os interessados. É condição essencial para garantir competição em todos os procedimentos licitatórios.

Princípio da Impessoalidade, esse princípio obriga a Administração a observar nas suas decisões critérios objetivos previamente estabelecidos, afastando a discricionariedade e o subjetivismo na condução dos procedimentos da licitação.

Princípio da Moralidade e da Probidade Administrativa, a conduta dos licitantes e dos agentes públicos tem de ser, além de lícita, compatível com a moral, a ética, os bons costumes e as regras da boa administração.

Princípio da Publicidade, qualquer interessado deve ter acesso às licitações públicas e seu controle, mediante divulgação dos atos praticados pelos administradores em todas as fases da licitação.

Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório obriga a Administração e o licitante a observarem as normas e condições estabelecidas no ato convocatório. Nada poderá ser criado ou feito sem que haja previsão no ato convocatório.

Princípio do Julgamento Objetivo, esse princípio significa que o administrador deve observar critérios objetivos definidos no ato convocatório para o julgamento das propostas. Afasta a possibilidade de o julgador utilizar-se de fatores subjetivos ou de critérios não previstos no ato convocatório, mesmo que em benefício da própria Administração.

Princípio da Celeridade, o princípio da celeridade, consagrado pela Lei nº 10.520, de 2002, como um dos norteadores de licitações na modalidade pregão, busca simplificar procedimentos, de rigorismos excessivos e de formalidades desnecessárias. As decisões, sempre que possível, devem ser tomadas no momento da sessão.

Princípio da Legalidade, nos procedimentos de licitação, esse princípio vincula os licitantes e a Administração Pública às regras estabelecidas nas normas e princípios em vigor.

O princípio da legalidade é uma norma de proteção à cidadania e de limitação ao poder do Estado. Em relação ao cidadão ela prevê uma norma de liberdade negativa, ou seja, o que não é vedado pela lei, em sentido amplo, é permitido ao particular, ao indivíduo, ao cidadão.

Em relação ao Estado, funciona a liberdade positiva. Aquilo que está positivado, previsto em lei, em sentido estrito, e somente o que está previsto em lei, pode ser praticado pela administração.

I Concurso de Monografias do TRE-MG

Mesmo os aspectos discricionários da atividade administrativa conformam-se, em larga medida, à lei. Assim enquanto a lei é o limite da atuação do Estado, a ausência da previsão legal é campo para atuação do particular, que só deixará de fazer algo de sua vontade ou interesse quando for proibido pela lei.

Uma abordagem principiológica da administração pública revela-se mais eficiente do que seu engessamento pelo atavismo ao rigor legal.

Aos críticos de uma abordagem principiológica do Direito Administrativo e da administração pública, que afirmam que a abordagem baseada em princípios levaria à grande imprecisão e insegurança jurídica, contrariando o funcionamento dogmático do Direito, é necessário observar que uma abordagem principiológica não importa no abandono da legalidade, porquanto os princípios são mais amplos e não são contrários à lei. De fato uma abordagem principiológica não importa a exclusão de uma abordagem legalista, até porque a própria legalidade constitui princípio norteador da administração.

A fundamentação da ação administrativa em princípios se mostra consentânea com a realização do interesse público. E não se confunda fundamentação em princípios com um alargamento do poder discricionário da administração, senão com a necessária efetivação de seu dever de motivação de sua atividade, que segundo Florivaldo Dutra de Araújo, situa-se entre os requisitos procedimentais do ato administrativo¹⁷. Hodiernamente, a ideia de discricionariedade é colocada em xeque por muitos doutrinadores e magistrados. O escudo do binômio conveniência e oportunidade vem sendo questionado diante de agudos raciocínios relativos à moralidade e à razoabilidade administrativa.¹⁸

¹⁷ Cf. ARAÚJO, 2005, p. 196: “Entre os requisitos procedimentais do ato administrativo está a *motivação*, também dita *fundamentação* ou *justificação*, que é a exposição capaz de deixar claro que o ato tenha sido praticado segundo motivos reais apto a provocá-lo, que estes motivos guardam relação de pertinência lógica com o conteúdo do ato e que este tenha emanado a autoridade competente, em vista da correta finalidade legal.”

¹⁸ Cf. MORAES, 1999, p. 37: “a principalização do Direito, antes de abolir a categoria da discricionariedade administrativa, de erradicar a margem de liberdade de decisão como nota que a caracteriza ou de identificá-la, à esfera do mérito do ato administrativo, modificou as conexões entre discricionariedade, lei e Direito; forneceu novos parâmetros jurídicos - não legais e que antes eram políticos, de exercício dessa liberdade e destacou o mérito como *núcleo político* da discricionariedade insuscetível de revisão jurisdicional. Deste modo, propiciou o controle jurisdicional de aspectos discricionários dos atos administrativos, distintos do mérito, além de garantir a Administração Pública de critérios norteadores de ação, os quais consubstanciam parâmetros orientadores do exercício daquela liberdade de decisão e delimitadores de dose variável dessa liberdade, maior ou menor, em cada caso vertente.”

Diante do que pode ser encarado como o esmaecimento da discricionariedade e em face do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, que permite o controle externo de situações em que haja lesão ou ameaça de lesão, tanto ao particular como à administração, exercido pelo Poder Judiciário, bem como o exercício da tutela coletiva pelo Ministério Público, existe vasto instrumental posto a serviço da administração e da sociedade para evitar danos à competitividade e ao processo licitatório e, eventualmente, ao erário. É possível, todavia, que tais danos ocorram.

Os controles *a priori*, *concomitante* e *a posteriori* podem funcionar para prevenir, minorar ou remediar e mesmo sanar tais eventualidades. Assim, entendemos que o interesse público seja, circunstancialmente, melhor atendido por uma proposta que privilegie a qualidade, do que por uma que privilegie o preço e propicie que tal entendimento fundamente a decisão de adjudicação e homologação do resultado de um processo licitatório.

De toda forma, os princípios se prestam a sustentar a atividade administrativa e a participação dela e do conjunto da sociedade em seu controle, estabelecendo elementos objetivos e analisáveis que a tornem permeável a este controle.

2.2 A atual Lei de Licitações

A atual Lei de Licitações e Contratos Administrativos, também alcinhada de Lei Nacional de Licitações - LNL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, regulamenta o processo licitatório em âmbito nacional, estabelecendo normas gerais sobre o tema. A LNL é uma lei ordinária, tendo sido objeto de alterações pelas Leis nº 8.883, de 8 de junho de 1994; nº 9.648, de 26 de maio de 1998; nº 11.107, de 6 de abril de 2005; nº 11.196, de 21 de novembro de 2005¹⁹; entre outras.

A Lei nº 8.666/93 divide-se em quatro grandes tópicos, a saber:

- Uma parte introdutória, com disposições gerais, trazendo princípios e definições englobando os arts. 1º ao 19;²⁰
- A regulamentação das licitações, envolvendo o regramento do processo (fase interna), estabelecendo as

¹⁹ A ementa desta Lei: Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências.

²⁰ Ressalvamos com especial interesse o art. 15, II, que prevê a utilização do Sistema de Registro de Preços pela Administração.

modalidades, limites, exceções ao princípio da obrigatoriedade da

licitação (regras sobre dispensa e inexigibilidade) e tipos; e o procedimento licitatório (fase externa), com regramento sobre a publicidade e o conteúdo do edital, o cadastramento e a habilitação de licitantes, o julgamento e a classificação das propostas e a adjudicação e a homologação do resultado, englobando os arts. 20 a 53;

- Os contratos administrativos são regulados pelos arts. 54 a 80, que reza sobre o Regime Jurídico dos Contratos Administrativos, estabelecem regras sobre a formalização e a execução dos contratos, sobre sua alteração e rescisão e sobre sua inexecução, estabelecendo ainda as chamadas “cláusulas exorbitantes”, que caracterizam a natureza jurídica de Direito Público dos contratos administrativos, por sua natureza impositiva e unilateral;

- Por fim, em seus art. 81 a 126, traz as disposições relativas às condutas dos agentes públicos e dos licitantes, estabelece tipos e cominações administrativas e penais, regramentos para o processo judicial e administrativo e disposições gerais sobre o cabimento subsidiário da legislação extravagante, vigência e revogação de normas que com ela conflitem.

A Lei nº 8.666/93 não tratou a matéria de forma exaustiva embora tenha disciplinado-a de forma extensa. Subsidiariamente, aplicam-se às suas disposições normas gerais sobre processo administrativo, contidas na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal.

Um dos aspectos mais relevantes da Lei nº 8.666/93 foi o de possibilitar uma procedimentalização uniforme para o processamento das licitações no âmbito da administração pública nacional. Essa uniformização dos procedimentos licitatórios permitiu que uma administração pública burocrática, e em grande medida despreparada, pudesse realizar procedimentos de elevado grau de complexidade com base em critérios objetivos e pautada em princípios não menos complexos, atinentes a uma nova ordem constitucional, inaugurada pela CRFB/88.

Ocorre que uma nova administração pública se fundava com a CRFB/88, com vistas a sua profissionalização e sua capacitação, mas ainda naquele momento era uma administração não profissionalizada, nem mesmo burocratizada, porquanto convivia com resquícios de patrimonialismo, que ainda resistem em seu âmago, vide o exemplo gritante do nepotismo, que apenas

recentemente, se procurou banir da administração pública.

Ora, naquele momento, o fato de a lei vir a estabelecer os regulamentos a partir dos quais o Estado passava a implementar mecanismos de dispêndio e controle dos gastos públicos, empregando uma força de trabalho que contava com pessoal altamente heterogêneo, do ponto de vista de sua qualificação, para desempenhar tarefas diversas²¹, a LNL representou um enorme avanço. Todavia, hodiernamente, esse papel demanda uma urgente superação, já que nos últimos vinte anos, a administração pública tem se sofisticado e a própria sociedade passa a exigir dela um novo patamar de atuação.

Cumprе ressaltar que a LNL propiciou uma paralisação no desenvolvimento do processo licitatório, permitindo à administração uma acomodação muito conveniente, uma vez que os procedimentos licitatórios passaram a ser roteirizados pela legislação e que a lei passou a ser objeto de estudos tanto pela administração como por parte dos interessados em negociar com ela. Estabeleceu-se um novo equilíbrio nessa relação, uma vez que tanto a administração como os licitantes passaram a deter um grau de conhecimento da lei e uma estatura profissional na relação procedimental.

Ocorre que o aspecto funcional dessa roteirização dos procedimentos licitatórios com base na LNL ficou a meio caminho de uma sofisticação da racionalidade instrumental a que a administração deve almejar. E num ponto de inegável relevância para a administração pública, uma vez que as licitações, investidas na circunstância de atividade meio, permeiam todas as suas atividades, estando presentes nos setores mais distintos, em todos os poderes da República e em todos os campos sociais, onde quer que haja emprego de recursos públicos. Vale dizer que a licitação é uma das atividades de maior realce no papel executivo da administração.

2.2.1 Perspectivas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993

A Lei Nacional de Licitações (LNL) foi responsável por relevantes avanços no processamento das licitações e contratações com o poder público, o que, embora inegável, não a torna incólume às críticas, em alguns casos procedentes. Ressalte-se que já existe em

²¹ É importante ter em mente que estamos falando aqui da administração pública em nível nacional, num país que inaugura uma nova ordem institucional em 1988 e conta com 27 estados e mais de 5000 municípios. Não ignoramos que a administração pública tem áreas de excelência, mas isso não retira a validade da afirmação de que a administração, mesmo hoje, conta com um elevado grau de heterogeneidade no tocante a seu pessoal e a sua formação.

tramitação, no Congresso Nacional, uma proposta legislativa para

sua alteração.²²

Os principais aspectos dessa alteração concernem ao procedimento licitatório, especialmente à sessão pública e à ordenação de suas fases, visando permitir a abertura das propostas antes da habilitação dos licitantes, de maneira que só se procedesse à habilitação do vencedor/vencedores. A inversão de fases, que já se observa no Pregão, vem sendo experimentada em procedimentos regulamentados por leis estaduais, como é o caso da Bahia e de São Paulo, ocasionando considerável redução nos prazos, não constitui nenhuma grande inovação, uma vez que o regulamento especial para os Serviços Sociais Autônomos, Sistema "S", já trazia sua previsão.

Outra medida de significativa importância é a alteração dos valores e limites para a aplicação das modalidades de licitação, bem como algumas alterações para o Pregão, com vistas à regulamentação mais clara e explícita de sua aplicabilidade.

Buscaremos tecer alguns comentários sobre os aspectos que consideramos mais relevantes dentre as contribuições que a LNL propiciou ao processo licitatório e ao estudo do Direito Administrativo, analisando as suas perspectivas nos tópicos a seguir, reservando a linha de argumentação que permeia todo este trabalho.

2.2.1.1 Planejamento e controle

"Onde está sua força, aí está a sua fraqueza". A expressão atribuída a Nicolau Maquiavel (1469-1527) aplica-se a LNL, quando tomamos seu aspecto mais contundente, o de ter se tornado um verdadeiro roteiro para a realização de processos licitatórios. O que pode parecer um tanto contraditório elucida-se quando verificamos que esse papel não condiz com o propósito último desta lei.

Entretanto, atender demandas do Poder Público por bens e serviços não condiz com o objetivo maior de uma norma de tamanha importância. E a LNL não se presta meramente a um roteiro para licitações. De fato, a atividade executiva é indissociável das atividades de planejamento e controle.

A atividade de planejamento começa a ser vista com maior seriedade e assumir um papel mais atuante nos processos da administração. Apenas para ilustrar esse fato, citamos a ação proativa

²² Projeto de Lei nº 7.709-A de 2007 - Art. 1º Os arts. 6º, 15, 16, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 28, 32, 34, 36, 38, 40, 42, 43, 61, 87 e 109 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, passam a vigorar com a seguinte redação: [...]. Atualmente em trâmite no Congresso Nacional.

do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, que elaborou

detalhado programa de planejamento estratégico para a gestão de 2010-2014²³.

Integrada à atividade executiva e à atividade de controle, a atividade de planejamento é fundamental para o desenvolvimento da administração como um todo e do processo licitatório em especial. Voltado para a consecução de objetivos institucionais elaborados e afins com os propósitos da organização e sobretudo com o alcance dos fins de interesse público, um planejamento consistente se caracteriza como um indicativo para toda a atividade executiva da administração e propicia processos licitatórios mais econômicos, ao determinar em que medida a aquisição de bens e serviços se dará de forma consentânea aos interesses da administração e, em especial, do interesse público, evitando desperdícios e prejuízos ao erário.

Atento às finalidades institucionais, o planejamento estrutura a maneira como tais finalidades serão alcançadas, tendo sempre em vista a adequação dos meios aos fins (racionalidade instrumental, que é característica básica de uma administração burocrática) e a persecução do atendimento mais satisfatório das finalidades institucionais do ponto de vista de seu público alvo (o que condiz com a característica fundamental de uma administração gerencial, a busca de resultados)²⁴.

A ausência de uma atividade de planejamento consistente priva a atividade de controle de um de seus papéis mais fundamentais no alcance de seus propósitos, qual seja a atividade de controle prévio e substancial sobre os processos administrativos. Sem um planejamento para a atividade executiva, o controle prévio se vê adstrito a observar aspectos meramente formais do processo administrativo, não tendo como intervir em sua implementação de forma preventiva, evitando sua execução ainda que parcialmente equivocada ou desnecessária. Indiscutivelmente, o controle concomitante e a *posteriori*, não tem o mesmo sucesso de um controle prévio quando se trata de evitar danos ao erário, pois, por mais que seja possível o saneamento e a remediação dos atos praticados, os prejuízos serão sempre maiores.

²³ Resolução nº 809, de 17 de dezembro de 2009 (detalhamento disponível no portal do TRE-MG em www.tre-mg.jus.br).

²⁴ Não nos parece que sejam excludentes os modelos, uma vez que uma administração burocrática, com ênfase no controle e uma administração gerencial, com ênfase nos resultados, não representam elementos antitéticos e excludentes. De fato, é na harmonização de ambos que reside o papel fundamental do planejamento, propiciando meios de controle eficazes e eficientes aos processos administrativos mais eficientes e efetivos. A esse respeito conferir PEREIRA, Luis Carlos Bresser, **Da administração burocrática à gerencial**, 1996.

A atividade de controle também tem se beneficiado de uma

I Concurso de Monografias do TRE-MG

visão integrada junto às atividades de planejamento e execução, deixando para traz a suspeição e o receio com os quais era vista pelas demais áreas, passando a gozar de merecido respeito como atividade de relevo junto ao processo administrativo. O aperfeiçoamento dos instrumentos de controle, decorrentes da integração com a atividade de planejamento, e o estabelecimento de indicadores de desempenho cada vez mais objetivos e substantivos, voltados para a efetiva participação de toda a sociedade só têm a contribuir para a consolidação desse respeito pela atividade de controle.

Observamos ainda que o planejamento e o controle sempre estiveram adstritos ao processo orçamentário²⁵. Isso em parte justifica o fato de as atividades de planejamento e controle se instrumentalizarem para analisar o gasto público em seus aspectos quantitativos, com a formulação de indicadores voltados para esse fim. As limitações dessas atividades, dessa forma, são sensíveis e, no tocante à avaliação da qualidade do gasto e do alcance dos fins públicos, fica muito aquém do que seria desejável. É premente a introdução de mecanismos que permitam uma melhor avaliação da qualidade dos gastos públicos, o que se refletiria tanto no processo orçamentário, como no processo licitatório, com previsíveis ganhos em economicidade e eficácia nas aquisições de bens e serviços.

Fácil de se ver que planejamento, execução e controle são indissociáveis. Essas atividades são tão miscíveis quanto desejável, sendo perfeitamente integradas sem prejudicar a imprescindível segregação das funções. A superação do papel de roteiro para os processos licitatórios, como instrumentalização de uma atividade administrativa com profunda integração das atividades de planejamento e de controle, voltados a um constante aperfeiçoamento do planejamento, e a ampliação efetiva da participação da sociedade no controle dos processos licitatórios, corresponde a um avanço desejável e necessário para a LNL, em que pese isso implicar uma nova legislação para a matéria.

2.2.1.2 Participação e consenso

O processo licitatório não se encerra, nem pode encerrar-se na cadeia de atos administrativos que o conformam. É sempre

²⁵ Cf. GIACOMONI, 2000, p. 201: “Ao contrário dos temas orçamentários [...] a obrigatoriedade da adoção sistemática do planejamento, nas várias esferas de governo, tornou-se realidade apenas com a Constituição de 1988”; e MACHADO JR; REIS, 2001, p. 159: “Cabe lembrar que a Lei 4.320 dispõe que o controle da execução do orçamento atuará sobre a legalidade dos atos praticados pelos gestores, sobre a fidelidade funcional dos agentes da administração e sobre o cumprimento do programa de trabalho previsto para o exercício financeiro.”

imprescindível ter em vista o fato de que a licitação é uma atividade

administrativa de caráter instrumental, uma atividade meio. Convém ainda ressaltar que a licitação, no extremo, é a busca pelo poder público daquilo de que necessita e que não tem competência, capacidade ou interesse em prover por si mesmo. Isso coloca o poder público numa condição análoga à dos administrados que se encontram na circunstância de buscar no mercado o suprimento de suas necessidades - a condição de *consumidor*.

Pode soar estranhamente a ideia de que o poder público se constitua em consumidor. Em parte, muito disso se deve ao fato de que o poder público não possui um rosto e com grande frequência se posiciona numa situação privilegiada e hegemônica, evidenciando uma relação de desequilíbrio e preponderância em face ao conjunto da sociedade, escudado no inequívoco e inolvidável princípio da supremacia do interesse público.

Não cabe qualquer reparo a propósito do princípio da supremacia do interesse público. Não obstante, cumpre questionar um aspecto um tanto grave a seu respeito. Fundamental para o Regime Jurídico Administrativo, a supremacia do interesse público está na raiz de todos os princípios de ordem pública. Não existem privilégios pessoais ou fundamento de autoridade, senão aqueles que se justificam em razão da necessária proteção, busca e satisfação do interesse público. Todavia, surge o questionamento: **o que é o interesse público?**

Nem sempre o interesse da administração e o interesse público são sinônimos. Isto é um fato. Outrossim, uma resposta fácil é a que coloca o interesse público como aquele que reflete o interesse do bem comum e da sociedade, e que tais interesses são representados pelas escolhas políticas dessa sociedade. Nem nas democracias mais sofisticadas isso se verifica.

Lamentavelmente, não temos a resposta para o que seja o interesse público. E podemos asseverar que por muito tempo ainda sobrevirá a discussão sobre o que seja o interesse público, este elemento normativo que está na raiz de vários privilégios e tratamentos diferenciados para o poder público, nas mais diversas instâncias, e que não podemos determinar o que seja, razão pela qual não temos escrúpulos em empregar largamente a expressão ao longo deste estudo.

De toda forma, parece um tanto constrangedor que o tratamento manifestamente desigual dispensado ao poder público, sobretudo em sua relação com os administrados, em condições análogas à de consumidor, tenha sustentação numa relação orientada

pelo funcionamento dogmático do Direito, fundada num conceito indeterminado. Um funcionamento que atribui prerrogativas unilaterais ao poder público em situações em que esse funcione como consumidor, e em que se impõe injustificadamente a identidade de interesse público como sinônimo de interesse da administração.

Fruto da evolução doutrinária respeitante ao Direito Administrativo, bem como da evolução que se processa no âmbito da sociedade, em virtude da ampliação do acesso à Justiça e do avanço da tecnologia, entre outras causas, mas também do inconformismo com o funcionamento meramente dogmático do Direito, e o engessamento que ele acaba por impingir aos institutos jurídicos, ainda que de forma acadêmica, mas já com sensíveis reflexos práticos, tem sido buscada uma nova forma de interação entre Estado e cidadão, uma forma pautada numa relação mais equilibrada, uma forma de relação consensual.

Conforme explicita Carlos Pinto Coelho Motta, referindo-se ao escólio do Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Um marco desse pensamento vem do professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que, visualizando um panorama geral da Administração, propõe e analisa conceitos relevantes relacionados à ética administrativa e ao que designa como “administração pública consensual”, com a transferência da execução de atividades estatais a entes da sociedade.

Pela consensualidade, o Poder Público vai além de estimular a prática de condutas privadas de interesse público, passando a estimular a criação de soluções privadas de interesse público, concorrendo para enriquecer seus modos e formas de atendimento.

É como acrescentar às potencialidades da máquina burocrática as infinitas potencialidades da sociedade e de suas miríades de organizações sociais, que deixa de ser mera súdita para ser sócia e parceira da atuação estatal, passando a ter no consenso e não na coerção a primeira das opções relacionais.²⁶

No mesmo sentido, reproduzimos a lapidar ideia contida em Felipe Alexandre Santa Anna Mucci Daniel:

Partindo dos pressupostos de participação e consensualidade como conceitos centrais do Direito Administrativo e essenciais no âmbito do Estado Democrático de

²⁶ Cf. MOTTA, 2004, p. 12.

Direito, adota-se como referencial teórico a tese da relação jurídica como regente do vínculo Agente-Público e Estado, nos termos em que leciona Luísa Cristina Pinto e Netto:

[...] No Estado Democrático de Direito, a relação entre Estado e particular deve ser compreendida e vivida como relação jurídica e não como relação de sujeição exercida pelo poder administrativo. Com base no Estado de Direito, fundamento constitucional, rejeita-se a idéia de relação de poder, pois tanto particulares quanto Estado se submetem ao Direito; não há, para a Administração, poder que anteceda à Constituição e que justifique relação de subordinação pré-jurídica, abstrata e geral.

[...] Ademais do fundamento constitucional assinalado, ligado ao Estado Democrático de Direito, a relação jurídica surge como alternativa capaz de superar a insuficiência do ato administrativo na explicação da realidade administrativa. O conceito de relação permite que outras formas de atuação administrativa, que não a unilateral, sejam intensificadas. Outra vantagem refere-se ao fato de que a adoção da relação jurídica não implica, nos moldes do que se consignou para o procedimento, o abandono do ato administrativo - este se enquadra no novo conceito, pois é uma das maneiras de se criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica. A adoção da relação jurídica como conceito centrado do Direito Administrativo é uma forma de superar as dificuldades da dogmática tradicional, sem que se tenha, no entanto, que criar um monopólio deste conceito em que se encaixem todas as realidades jurídicoadministrativas.

Portanto, partimos da premissa de que **o indivíduo deve ser partícipe, enquanto sujeito de direitos, das decisões tomadas pelo Estado, sendo necessário a criação de instrumentos que garantam o consenso e a participação na Administração Pública.** A unilateralidade deve ser utilizada tão somente nas hipóteses em que a bilateralidade mostrar-se inviável, e utilizada como exceção e não como regra na Administração Pública. (grifamos)²⁷

Entendemos que, se adequada a uma relação em que a existência de prerrogativas hierárquicas é clara, como no caso da aplicação do poder disciplinar por parte da administração em face de seus agentes, tanto mais desejável seria a busca de uma solução participativa e consensual numa realidade muito mais refratária a estas prerrogativas em favor da administração, como é o caso nas

²⁷ DANIEL, 2009, p. 6-7.

licitações, quando a administração se situa em posição análoga a de consumidor.

De fato, a administração sempre se apresentou blindada à participação dos cidadãos. No caso das licitações, por exemplo, as impugnações aos editais, que deveriam de parte a parte, ser vistas como um momento salutar de envolvimento dos cidadãos com o processo licitatório, quando o cidadão adverte a administração sobre um aspecto controvertido ou obscuro das disposições editalícias, quando o cidadão busca participar e contribuir para a coisa pública, dificilmente tal intervenção é vista com bons olhos. E não sejamos ingênuos, também, de crer que haja uma intenção diversa da de turbar o procedimento licitatório, por parte daqueles que impugnam as licitações, pelo menos na maioria dos casos, devido a algum interesse inconfessável.

Não se trata de estabelecer prerrogativas de decisão e de atuação no processamento das aquisições e contratações de bens e serviços ao cidadão, tanto por que o aparelho estatal está preparado para exercitar essas funções da maneira como elas devem ser exercidas, tal circunstância ensejaria medidas de ordem demagógicas pouco convenientes a uma relação participativa entre o Estado e os cidadãos. Mais interessante seria a ampliação da arena para a discussão dos aspectos finalísticos das instituições públicas, buscando estabelecer nessa aproximação da administração com o administrado um diálogo permanente e esclarecedor sobre o que um espera do outro, estabelecendo-se metas e discutindo sobre como alcançá-las.

Com efeito, no processo licitatório seria absolutamente proveitosa uma evolução no sentido de prover uma relação de igualdade, que propiciasse soluções consensuais e assegurasse pela participação, uma visão de parceria entre a administração e seus fornecedores, eliminando ou mitigando a animosidade e desconfiança que se verificam nas licitações atualmente, uma vez que:

Na verdade, no Estado Democrático de Direito, a legitimidade das decisões não depende tão somente do rito legal que percorreu o procedimento. Depende, antes de tudo, do grau de participação que foi concedido aos particulares e interessados, e dos instrumentos à disposição dos particulares para tal participação.²⁸

²⁸ DANIEL, 2009, p. 9.

2.3 Pregão

Debruçaremos-nos agora sobre uma matéria em que a prática tem-se demonstrado uma mestra muito mais eficiente que a teoria, não porque haja escassez de matéria doutrinária e jurisprudencial, mas muito mais porque vivemos a construção, na prática, dos aspectos doutrinários e jurisprudenciais, tal o dinamismo e a inovação que esta matéria representa.

O uso da tecnologia da informação nos processos licitatórios é matéria de disciplina recente, ainda que comprovadamente represente um avanço insuscetível de retrocesso em razão de seu inegável sucesso.

E conquanto isso seja notório, também são sensíveis as questões ainda vacilantes do conhecimento construído diuturnamente, nas discussões acadêmicas e nas barras dos tribunais, mas também muito fecundo, na faina diária daqueles que labutam como licitantes, pregoeiros, advogados e operadores jurídicos de toda sorte.

O Manual de Licitações e Contratos do Tribunal de Contas da União traz as seguintes definições, a que novamente recorremos:

Pregão:

Modalidade de licitação instituída pela Lei nº 10.520, de 2002, em que a disputa pelo fornecimento de bens ou serviços comuns é feita em sessão pública. Pode ser presencial ou na forma eletrônica.

- A modalidade presencial é regulamentada pelo Decreto nº 3.555, de 2000;

- A modalidade eletrônica é regulamentada pelo Decreto nº 5.450, de 2005.

A utilização do pregão destina-se, exclusivamente, à contratação de bens e serviços comuns, conforme disposições contidas na legislação citada. Nessa modalidade de licitação, os licitantes apresentam suas propostas de preço por escrito e por lances - que podem ser verbais ou na forma eletrônica - independentemente do valor estimado da contratação.²⁹

O pregão pode ser empregado na aquisição de bens e serviços comuns. A legislação de regência restringiu sua utilização à licitação de contratos de fornecimento de bens comuns, ou seja, aqueles definidos no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520/2002: aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser

²⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2006, p. 31.

objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Segundo Joel de Menezes Niebuhr:

Existem dois tipos de pregão: o presencial e o eletrônico. No primeiro os licitantes podem estar todos presentes fisicamente numa determinada sessão, em que os procedimentos são realizados. No segundo, no eletrônico, o processamento do pregão dá-se basicamente por meio da utilização da tecnologia da informação, à distância, isto é, sem a presença física dos licitantes, que encaminham as suas propostas e participam do certame valendo-se da internet.

Por certo, num futuro bem, próximo, quase a totalidade das licitações será processada pela internet, cujas vantagens são notórias, especialmente em relação à ampliação da competitividade. O pregão eletrônico é a primeira experiência nacional nesse sentido deve se alargar com relação a outras modalidades.³⁰

2.3.1 A nova modalidade de licitação

Carlos Pinto Coelho Motta informa:

A modalidade de licitação denominada “pregão” foi oficialmente instituída no âmbito da União Federal pela Medida Provisória 2.026, de 4/5/00, mais tarde renumerada como MP 2.108, em 27 de dezembro do mesmo ano; mais uma vez alterada para 2.182, em sua reedição n. 16, em junho de 2001 e finalmente estendida a todos os entes da Federação com sua conversão na Lei 10.520, de 17 de julho de 2002.³¹

No âmbito federal, em relação aos três poderes, a regulamentação da matéria é feita mediante os Decretos n^{os} 3.555/2000, que regulamenta o pregão presencial, e 5.450/2005 que regulamenta a modalidade eletrônica do pregão. O Decreto n^o 5.504/2005 estabelece em seu art. 4^o, § 1^o que a licitação para contratação de bens e serviços comuns pela administração no nível federal seja processada pela modalidade de pregão, preferencialmente, eletrônico.

O Projeto de Lei n^o 7.709-A, em trâmite no Congresso Nacional, prevê a alteração da redação do art. 22 da LNL, para a inclusão do inciso VI, instituindo o pregão como nova modalidade de licitação. Tal alteração nos parece inócua, uma vez que a Lei n^o

³⁰ NIEBUHR, 2008, p. 23-24.

³¹ MOTTA, 2008, p. 787.

10.520/2002 já estabelece o Pregão como modalidade de licitação de âmbito nacional e não apenas na esfera da União.

O pregão é uma modalidade de licitação que tem em relação ao leilão uma característica muito peculiar: ao contrário do leilão em que os lances sucessivos são sempre maiores que o anterior, no pregão os lances sucessivos são sempre menores que o anterior. Isso se deve ao fato de que o pregão se destina à aquisição de bens ou serviços de natureza comum pela administração, ao passo que o leilão destina-se ao desfazimento de bens móveis e imóveis pela administração. Ou seja, grosso modo, no pregão a administração é compradora, no leilão é vendedora.

Em relação à concorrência o pregão apresenta uma inversão das fases de aceitação das propostas e habilitação dos licitantes. Enquanto na concorrência os licitantes são habilitados e depois têm suas propostas analisadas e julgadas, no pregão analisam-se as propostas dos licitantes antes de habilitá-los, de maneira que seja necessário habilitar apenas aqueles cujas propostas tenham sido consideradas mais vantajosas para a administração. Assim, no pregão, finalizada a etapa de lances, o licitante que tiver oferecido o melhor lance (a melhor proposta) será habilitado, desde que comprovadas e atendidas todas as exigências editalícias e legais relativas à sua habilitação. Caso não seja o licitante ofertante da melhor proposta habilitado por alguma razão, convoca-se o ofertante da próxima proposta classificada, em observância da estrita ordem de classificação das propostas. Dessa forma o pregão apresenta uma racionalização do procedimento em relação à concorrência, na medida em que não torna necessária a habilitação de todos os licitantes para então efetuar a análise e julgamento de suas propostas.

Esta inversão de fases é o grande diferencial do Pregão, quer na modalidade presencial, quer na eletrônica, em relação às demais modalidades de licitação. Tal prática verificou prodigiosa eficiência e economicidade do procedimento licitatório, tornando-o muito mais célere.

2.3.2 Sistema de Registro de Preços (SRP)

O Sistema de Registro de Preços (SRP) não é uma modalidade de licitação, requerendo a promoção de licitação quer de concorrência, quer de pregão. O SRP é muito eficiente nos casos em que a administração pretende adquirir bens de necessidade contínua. Nas palavras de Joel de Menezes Niebuhr, o Registro de Preço é um:

I Concurso de Monografias do TRE-MG

Instrumento destinado à eficiência no gerenciamento dos processos de contratação pública, por meio do qual o vencedor da licitação assina ata de registro de preços, comprometendo-se a oferecer por preço unitário o objeto licitado, de acordo com as necessidades da Administração, dentro de quantidade prefixada no edital e dentro de prazo também fixado nele, que não pode ultrapassar um ano.³²

No mesmo sentido, prefaciando a obra em referência acima, Diogenes Gasparini define o registro de preços como:

Excepcional e prático procedimento administrativo usado no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios quando a atividade administrativa, em razão do interesse público, exige a aquisição de bens ou a contratação de serviços.³³

No Registro de Preços a proposta apresentada não oferece preço para todo o quantitativo no edital, mas sim em relação à unidade ou lote. O vencedor assina um documento unilateral chamado de Ata de Registro de Preços (ARP), e não um contrato (ato bilateral) com a administração. Assim, o licitante estará obrigado a fornecer o bem licitado, em conformidade com o registrado na ARP, até o limite da quantidade prevista no edital (podendo ser acrescida esta quantidade de acordo com os limites legais), pelo prazo fixado para validade da ARP, mas a administração não estará obrigada a adquirir tais bens ou serviços. A grande vantagem desse procedimento é que não é necessário que a administração faça estoques ou adquira grandes quantidades de uma só vez.

As principais vantagens do SRP relacionam-se à aquisição dos objetos de difícil previsibilidade, ao controle dos estoques e da qualidade e à flexibilidade face às regras de duração contratual previstas no artigo 57 da Lei nº 8.666/93.

Inicialmente, as bases do SRP foram previstas no artigo 52 do Decreto nº 4.536/22, antigo Código de Contabilidade da União. Posteriormente, o revogado Decreto-lei nº 2.300/86, em seu artigo 14, estabeleceu que as compras sempre que possível deviam seguir esse sistema.

O SRP tem sua fundamentação na Constituição Federal, no artigo 22, XXVII, que estabelece que compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e

³² GUIMARÃES; NIEBUHR, 2008, p. 25.

³³ GASPARINI *apud* GUIMARÃES; NIEBUHR, 2008, p. 26.

I Concurso de Monografias do TRE-MG

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. Atualmente ele é previsto no artigo 15, II, da Lei nº 8.666/93, sendo que o § 3º determina que deve ser regulamentado por decreto.

No âmbito da Administração Federal Direta e Indireta, incluindo autarquias, fundações públicas e fundos especiais, empresas públicas, sociedades de economia mistas e demais entidades controladas, direta ou indiretamente pela União é vigente o Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001, que revogou expressamente o Decreto nº 2.743, de 21 de agosto de 1998. Não estão submetidos obrigatoriamente a esse decreto os órgãos do Poder Judiciário e Legislativo, podendo, contudo adotá-lo.

Em seu artigo 2º, o Decreto nº 3.931/01 elenca as hipóteses em que o sistema deve preferencialmente ser adotado:

I - quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações freqüentes;

II - quando for mais conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços necessários à Administração para o desempenho de suas atribuições;

III - quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; e

IV - quando pela natureza do objeto não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

A expressão “preferencialmente” enseja discricionariedade sobre a conveniência ou não do emprego do SRP. Para Marcos Juruena e Flávio Amaral³⁴, a decisão de não adotar o Sistema de Registro de Preços deve ser motivada e justificada, revelando as desvantagens do sistema no caso concreto. *A contrario sensu*, a posição de Marçal Justen Filho³⁵ que afirma ser sua adoção obrigatória.

Para Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

O art. 15, § 3º da Lei nº 8.666/93 prevê expressamente a necessidade de que o Sistema de Registro de Preços seja regulamentado por Decreto, Mas esse comando legal não pode ser interpretado isoladamente. A par desse poder regulamentador,

³⁴ SOUTO; GARCIA, *Boletim de licitações e contratos*, p. 239-248.

³⁵ JUSTEN FILHO, 2008, p. 179.

previsto no precitado dispositivo, existe o poder regulamentador inserido em outros dispositivos, quais sejam:

Art. 117 [...]

órgãos do Poder Judiciário

[...]

Verifica-se assim que os órgãos e entidades referidos nos arts. 117 e 119, se federais, nada obstante estarem expressamente abrangidos pelo Decreto, continuam, por força de lei, com o poder de regulamentar o seu próprio Sistema de Registro de Preços. (g.n.)³⁶

Ainda acerca da aplicabilidade do decreto para Estados, Distrito Federal e Municípios, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes alerta para a existência de duas correntes doutrinárias com amparo de razoabilidade jurídica. A primeira sustenta que Estados, Distrito Federal e Municípios, se quiserem utilizar o Registro de Preços, devem produzir os seus próprios decretos. Já a segunda considera que a possibilidade de regulamentação já havia sido feita pela União.

2.3.2.1 Examinando o Sistema de Registro de Preços

O SRP reduz a multiplicidade de processos licitatórios, tanto dentro do próprio órgão, uma vez que tem vigência de até um ano, quanto de diversos órgãos que podem se unir para realizar apenas um procedimento, reduzindo, em consequência, os custos da licitação. Dispensa a apresentação da disponibilidade orçamentária, pois a administração pode selecionar a proposta mais vantajosa e aguardar a aprovação dos recursos orçamentários e financeiros, enquanto a LNL exige a previsão orçamentária para a realização de uma licitação, fato este que muitas vezes contribui para a morosidade do processo, chegando até mesmo ao ponto da não utilização de determinados recursos. Com isso se ganha agilidade: a administração pode realizar o Registro de Preço e evitar os atropelos de final de exercício financeiro e executar aquisições em tempos recordes.

Além disso, o SRP permite que outros órgãos utilizem o processo licitatório, tanto como órgão participante quanto como carona. Como o Registro de Preços pode ser feito por vários órgãos sob a coordenação de um órgão gestor e ainda há a possibilidade de adesões à ata posteriores, há a possibilidade de preços melhores, em função da competição entre os fornecedores.

³⁶ FERNANDES, 2006, p. 82-83.

I Concurso de Monografias do TRE-MG

No SRP, os preços cotados são acessíveis a todos e periodicamente atualizados permitindo aos licitantes atentarem para os valores de suas próprias propostas e constatar sua competitividade, efetuando ajustes necessários. Outra vantagem para os licitantes é a possibilidade de adesão à ata, de órgãos não participantes, ampliando a possibilidade de efetivar novas negociações.

Como observado, as vantagens da utilização do SRP são muitas. Existem, no entanto, segundo Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, uma resistência à implantação, baseada em algumas desvantagens. Seriam elas a complexidade da concorrência, a necessidade de alocar recursos humanos para atualizar tabelas, a impossibilidade de prever todos os itens a serem adquiridos e a facilidade na formação de cartéis. Refutando tais argumentos, pondera que o tempo e o pessoal gastos são inferiores ao despendido com inúmeras licitações, que se pode também usar o pregão e não só a concorrência e que não existe sistema capaz de evitar a formação de cartéis, mas que a pesquisa de preço realizada antes do processo licitatório serve justamente para o estabelecimento de limites de preços.³⁷

2.3.2.2 A controvérsia da adesão a Ata de Registro de Preços - o "carona"

Uma grande polêmica que vem dividindo os doutrinadores diz respeito à adesão à ata de registro de preços, disciplinada pelo artigo 8º do Decreto Federal nº 3.931/01.

Art. 8º A Ata de Registro de Preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da Administração que não tenha participado do certame licitatório, mediante prévia consulta ao órgão gerenciador, desde que devidamente comprovada a vantagem.

§ 1º Os órgãos e entidades que não participaram do registro de preços, quando desejarem fazer uso da Ata de Registro de Preços, deverão manifestar seu interesse junto ao órgão gerenciador da Ata, para que este indique os possíveis fornecedores e respectivos preços a serem praticados, obedecida a ordem de classificação.

Apelidado de "carona", este é o procedimento do através do qual um órgão que não tenha participado da licitação que originou a ARP, adere a ela como se fosse sua. Marçal Justen Filho explica que:

³⁷ FERNANDES, 2006, p. 106-107.

A prática conhecida como “carona” consiste na utilização por um órgão administrativo do sistema de registro de preço alheio. Como se sabe, o registro de preços é implantado mediante uma licitação, promovida no âmbito de um ou mais órgãos administrativos. Essa licitação é modelada de acordo com as necessidades dos órgãos que participam do sistema. A “carona” ocorre quando um outro órgão, não participante originariamente do registro de preços, realiza contratações com base no dito registro. Essa contratação adicional não é computada para efeito de exaurimento dos quantitativos máximos previstos originalmente por ocasião da licitação. O único limite a ser respeitado seria a observância, por órgão não participante originariamente do sistema, do limite de 100% dos quantitativos registrados.³⁸

É mister observar que a possibilidade de se realizar um contrato utilizando-se de uma licitação promovida por outro órgão é restrita ao SRP. Além disso, entre órgão participante e o “carona” há diferenças. Órgão participante é o que, quando convocado pelo órgão gerenciador, informa os objetos pretendidos, qualidade, quantidade, obtendo do fornecedor o compromisso do fornecimento e tendo direito de requisitar, automaticamente, todos os objetos previstos no SRP. Já o “carona” requer posteriormente o uso da ARP, dependendo de prévia consulta e anuência do órgão gerenciador, e também da aceitação pelo fornecedor da contratação.

É sabido que o SRP é implantado mediante um processo licitatório, promovido no âmbito de um ou mais órgãos administrativos, e corresponde às necessidades dos órgãos que dele participam. O “carona” ocorre quando um órgão que não participou originariamente do certame realize contratações com base na ARP, desde que o órgão “carona” respeite o limite de 100% dos quantitativos registrados.

O Tribunal de Contas da União, contudo, não concorda com essa prática, por acreditar ser a utilização do carona uma grande distorção na utilização do SRP, e em decisão proferida em plenário, por meio do Acórdão nº 1.487/2007, cujo Relator foi o Ministro Valmir Campelo, deixou clara a sua reprovação em face desse procedimento.

A decisão do TCU foi motivada a partir da análise do caso do Ministério da Saúde. O Ministério da Saúde licitou para fins de Registro de Preços, visando a contratação de objeto com valor total estimado de trinta e dois milhões de reais. Ocorreu que cerca de

³⁸ JUSTEN FILHO, disponível em: <http://www.baceventos.com.br/PDFS/mjf_carona.pdf>.

sessenta outras entidades administrativas aderiram ao referido registro, o que levou um processo com previsão de gasto de trinta e dois milhões de reais, para um bilhão, novecentos e oitenta e quatro milhões de reais.

Destarte, o parecer do Ministro Valmir Campelo indicou a inadequação jurídica sob fundamentos de que a prática do “carona” frustra o princípio da obrigatoriedade da licitação, configurando dispensa de licitação sem previsão legislativa. O Direito brasileiro não autoriza que uma contratação seja realizada com base em licitação promovida para outros fins, assim a instituição que figura como “carona” dependeria de uma previsão legislativa, a qual não existe.

Ademais, a prática infringiria o princípio da isonomia, criando uma espécie de privilégio para quem venceu a licitação, possibilitando-o realizar uma série indeterminada e ilimitada de contratações com o mesmo objeto.

O TCU não proibiu formalmente a prática do “carona”, até por se tratar de matéria de competência, no entanto, incorporou razões jurídicas que devem ser tomadas em conta quando da adoção da referida prática. O Acórdão nº 1.487/2007 demonstra que a contratação adicional, não prevista originariamente, é potencialmente lesiva aos erários públicos, podendo provocar também o enriquecimento injusto e indevido para o fornecedor privado, devendo, por fim, gerar a responsabilização dos agentes estatais que a adotarem.

2.3.3 Lei Complementar nº 123/2006 e seus reflexos nas licitações

Uma celeuma recente foi despertada pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, o Estatuto da Microempresa, com relação à infração ao princípio da isonomia, uma vez que teria sido instituído tratamento privilegiado para as microempresas - ME - e as empresas de pequeno porte - EPP - em processos licitatórios junto ao Poder Público. Joel de Menezes Niebuhr assim se posiciona:

[...] registre-se que a Lei Complementar nº 123/06 é absolutamente infeliz ao tratar de licitação pública, representando um retrocesso de décadas. Licitação pública não deveria ser instrumento para promover política pública, para favorecer quem seja (sic). Licitação pública é instrumento para a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública e ponto final. Afora isso, as normas enfeixadas na Lei Complementar nº

I Concurso de Monografias do TRE-MG

123/06 são péssimas, completamente equivocadas, causam perplexidade.³⁹

A esse respeito, a posição de Carlos Pinto Coelho Motta é a seguinte:

[...] embora contenha visíveis falhas e até mesmo pontuais óbices constitucionais, embora algumas de suas regras não admitam aplicação imediata necessitando de regulamentação; embora em aspectos pontuais, notadamente tributários e comerciais, possam colocar-se problemas de difícil equacionamento... **a presente Lei Complementar pode e deve ser absolvida em sua intenção básica no sentido de amenizar a carga burocrática e mesmo fiscal que pesa sobre a iniciativa privada de perfil mais modesto.** (g.n.)⁴⁰

Para Marçal Justen Filho:

Em primeiro lugar, a previsão de benefícios em favor de microempresas e empresas de pequeno porte não se configura de modo automático como ofensiva ao princípio da isonomia. Lembre-se que a CF/88 no art. 179, expressamente impôs o tratamento benéfico para micro empresas e empresas de pequeno porte.⁴¹

A nosso ver o tratamento dispensado às MEs e EPPs não fere o princípio da isonomia, porquanto esse princípio passa a ser mais adequadamente respeitado na medida em que são estabelecidas condições materiais para competitividade entre EPPs e MEs e grandes empresas. A ideia de isonomia está inextricavelmente associada à de oferecimento de condições materiais, uma vez que a existência de condições formais é insuficiente e não apresenta qualquer efeito prático.

Ademais a LC nº 123/06 não estabelece qualquer privilégio, senão cumpre sua função regulamentar exigida pela própria Constituição, em seus arts. 170, IX, e 179⁴².

Por fim, lembramos que as licitações têm caráter instrumental, não constituindo um fim em si mesmas. Assim, discordamos novamente de Joel Menezes Niebuhr, para afirmar que não há transcendência da finalidade da lei, quando ela estabelece elementos condizentes com uma política pública afirmativa, com previsão constitucional, no sentido de prover desenvolvimento das

³⁹ NIEBUHR, 2008, p. 30.

⁴⁰ MOTTA, 2008, p. 916.

⁴¹ JUSTEN FILHO, 2009, p. 421.

⁴² Cf. CARVALHO FILHO, 2008, p. 166. Não custa lembrar, entretanto, que o art. 179 da CF tem caráter de exceção no que diz respeito ao tratamento favorecido e diferenciado a ser dispensado àquelas empresas e, por tal motivo, há de prevalecer no confronto com o art. 37, XXI, que em termos de regra geral, assegura igualdade de condições a todos os concorrentes.

MES e EPPs, mediante tratamento diferenciado, mas não anti-isonômico.

2.4 Licitações no âmbito da Justiça Eleitoral

O Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais - TRE-MG é um órgão da Justiça Eleitoral integrante do Poder Judiciário brasileiro. Para fins deste estudo, merece especial atenção o fato de que, relativamente à estrutura administrativa, o TRE-MG vincula-se a Administração Federal, sujeitando-se às mesmas normas que regem administrativamente a União, nas áreas administrativa, orçamentária e financeira.

Como já vimos, os órgãos do Poder Judiciário têm competência regulamentar para disciplinar o Sistema de Registro de Preços no seu âmbito. Todavia, tal prerrogativa não foi exercida, sendo o SRP no âmbito da Justiça Eleitoral regulamentado pelo Decreto nº 3.931/01.

Ademais se aplicam à Justiça Eleitoral as disposições das Leis nºs 8.666/93 e 10.520/02, bem assim como os Decretos nºs 3.555/01 e 3.450/05 e suas alterações.

A Justiça Eleitoral, por seu caráter emblemático, reforçado pela eficiência e sofisticação que tem demonstrado na condução das eleições, com indubitável confiabilidade, tecnologia e celeridade, reserva a si um papel de fulgurante relevo na busca pelo aperfeiçoamento do processo licitatório, constituindo-se insofismavelmente num dos exemplos de excelência dentro de nossa administração pública. E nesse sentido cumpre reconhecer o papel de destaque do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais.

2.4.1 Alguns dados concretos

Os procedimentos licitatórios da Justiça Eleitoral, como vimos, estão regulamentados pelas normas federais relativas à matéria. O pregão eletrônico, regulamentado pelo Decreto nº 5.450/2005, é a modalidade de licitação a ser aplicada às licitações de objeto comum, preferindo a qualquer outra modalidade, em razão da expressa determinação do art. 4º, § 1º, do Decreto nº 5.504/2005.

Verifica-se, a partir de 2005, o cumprimento dessa determinação no âmbito do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, com a adoção da modalidade Pregão Eletrônico na maioria dos processos licitatórios, substituindo progressivamente a modalidade Convite ou Carta-Convite. O processamento eletrônico

I Concurso de Monografias do TRE-MG

do Pregão é feito mediante o sistema COMPRASNET, com a capacitação do necessário corpo funcional para o exercício da função de pregoeiro.

Em 2009, foram licitados 136 pregões eletrônicos e 3 pregões presenciais no âmbito do TRE-MG, num montante inicialmente estimado de R\$ 36.949.305,99 (trinta e seis milhões, novecentos e quarenta e nove mil, trezentos e cinco reais e noventa e nove centavos) tendo sido adjudicados R\$ 22.618.754,65 (vinte e dois milhões, seiscentos e dezoito mil, setecentos e cinquenta e quatro reais e sessenta e cinco centavos), o que representou uma economia de R\$ 14.080.620,40 (quatorze milhões, oitenta mil seiscentos e vinte reais e quarenta centavos). Comparativamente, no ano anterior, 2008, foram realizados 85 pregões eletrônicos, 7 pregões presenciais e 2 convites, num montante inicialmente estimado de R\$ 15.308.266,61 (quinze milhões, trezentos e oito mil, duzentos e sessenta e seis reais e sessenta e um centavos), tendo sido adjudicados R\$ 10.937.527,47 (dez milhões, novecentos e trinta e sete mil, quinhentos e vinte e sete reais e quarenta e sete centavos), numa economia de R\$ 4.447.175,54 (quatro milhões, quatrocentos e quarenta e sete mil, cento e setenta e cinco reais e cinquenta e quatro centavos)⁴³.

Dos 136 pregões eletrônicos realizados em 2009, 66 pregões foram pelo Sistema de Registro de Preços, gerando 312 Atas de Registro de Preços.

Atente-se que a maior parte da economia resultante decorre dos pregões eletrônicos, de modo que à celeridade do procedimento, soma-se sua economia. Saliente-se que nenhuma outra modalidade de licitação permitiria fazer frente ao enorme aumento de procedimentos licitatórios como verificado do ano de 2008 para 2009.

O fato de aproximadamente metade dos procedimentos licitatórios terem sido procedidos para o Registro de Preços torna necessário repensar a possibilidade de buscar um planejamento para o SRP junto a outros órgãos/entidades, o que sem dúvida redundaria em economia dos procedimentos e redução do trabalho, tanto no processamento das licitações como no acompanhamento das Atas de Registro de Preços. Sem falar no salutar intercâmbio entre o Tribunal e os demais órgãos, com previsíveis reflexos positivos no processamento da licitação.

⁴³ Estes dados compilados, constam do Portal do TRE-MG na internet <[http://www.tre-mg.jus.br/portal/ website/contas_publicas/](http://www.tre-mg.jus.br/portal/website/contas_publicas/)>, a partir de 2008. Vale ainda observar que, no ano de 2009, ocorreram licitações de grande monta em virtude da transferência dos Cartórios para um novo edifício o que elevou substancialmente os valores licitados de um ano para outro.

I Concurso de Monografias do TRE-MG

Quanto à transparência, os dados aqui apresentados, cuja apressada compilação não seria possível sem a informação ali presente, são todos disponibilizados para a inspeção pública, através do portal eletrônico do TRE-MG na internet.

Digno de nota a esse respeito é a economia conseguida com a publicação dos extratos dos resultados dos pregões no Diário Oficial da União em lugar do resultado analítico, como era feito. Com a publicação do resultado no portal eletrônico, satisfaz-se de maneira mais completa o princípio da publicidade, permitindo um controle social mais amplo, e economiza-se com a publicação veiculada pelo Diário Oficial.

Seria desejável ainda que o processo licitatório fosse acompanhado de uma atividade de planejamento mais densa, no tocante a seu desenvolvimento como atividade instrumental, de maneira a buscar uma racionalização do processo quanto ao tempo despendido para sua realização, quanto ao envolvimento dos setores administrativos (execução) e técnicos (requisitantes), quanto à adequação procedimental, orçamentária e finalística da licitação, permitindo que um controle mais substantivo viesse a ser exercido, propiciando maior previsibilidade e uniformidade na aquisição de bens e serviços, tendo sempre em vista as finalidades da Justiça Eleitoral mineira, consentâneas com sua missão: *“Garantir a legitimidade do processo eleitoral e o livre exercício do direito de votar e ser votado, a fim de fortalecer a democracia.”*

3 CONCLUSÃO

"O possível está feito. O impossível demora um pouco mais." Teria dito Napoleão Bonaparte a seus generais em uma de suas campanhas com resultados meramente satisfatórios. No momento em que nos acercamos do término deste trabalho, julgamos apropriada esta frase.

Em apertada síntese ao longo desta exposição procuramos nos ater a um fio condutor, o de que o desenvolvimento de um vasto cabedal teórico e instrumental para a administração pública deve se pautar pela evolução de mecanismos que reconheçam a importância do planejamento e do controle e que tornem viável a participação e a busca do consenso nas relações da administração com o cidadão.

Nenhum dos institutos de Direito Público nos parece mais adequado ao desenvolvimento desse novo modelo de relacionamento entre Estado e cidadania, do que o processo licitatório. Primeiramente porque nele o emprego dos recursos públicos é notório. E nas licitações a situação da administração é análoga à de

consumidor, o que a rigor deveria ser suficiente para colocá-la em igualdade de condições com o particular e, nessa condição, buscar da maneira mais eficiente possível alcançar seus propósitos. Daí a importância do planejamento e do controle, da participação e do consenso.

Por fim, a participação do cidadão a questionar, opinar e exigir o reconhecimento de seu papel como titular do Poder Soberano, como mantenedor do Estado e como beneficiário necessário de toda a ação pública, direta ou indiretamente, deve ser antes de qualquer coisa desejada, estimulada e bem-vinda, na medida em que tal participação, se na prática hodierna pode representar um estorvo para a atividade funcional dentro da administração, com seu exercício regular proporcionará o aprendizado da cidadania e paulatinamente produzirá resultados desejáveis em sede de participação e controle das ações da administração, para cujos fins convém muito pouco a atitude refratária à participação dos cidadãos.

O processo dialético em que se desenvolvem as relações entre Estado e cidadão tem no campo da licitação terreno mais que fecundo para sua evolução. A seara principiológica que conforma tais relações deve ser o principal elemento de orientação desta relação. O atavismo em relação à lei deve ser superado, para que uma participação organizada e um controle social sejam efetivos e imprimam ao processo licitatório e à administração como um todo, o dinamismo dessa nova dialética desenvolvida nas relações entre Estado e cidadão.

Por óbvio, o respeito aos princípios impõe o respeito às normas, tanto as positivadas como as não positivadas. Contudo, quanto mais próxima for a relação entre Estado e cidadão, menos necessária será a existência de normas positivadas, que com muita frequência têm resultado no afastamento do cidadão do Estado, na blindagem do Estado à participação e ao controle social e na apropriação do espaço público pelo particular.

As normas positivas relativas ao processo licitatório têm o propósito imediato de regulamentar e procedimentalizar o processo licitatório. Mas como todas as normas de ordem pública, o fim imediato da lei não é seu propósito principal, o alcance do interesse público, sim. E o interesse público não será determinado sem a participação e a ampliação do papel deste público na seara administrativa.

Essa participação é desejada, necessária, possível. Talvez apenas demore um pouco mais.

O possível é uma limitação de momento.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert, **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. (Coleção teoria & direito público).

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 10520: informação e documentação: citações em documentos**: apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023: informação e documentação: referências**: elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6028: informação e documentação: resumo**: apresentação. Rio de Janeiro, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. T. 3.

BITTENCOURT, Sidney. **Licitações de registro de preços**: comentários ao Decreto n. 3.931, de 19 de setembro de 2001. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

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

BRASIL. Decreto n. 3.931, de 19 de setembro de 2001. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no artigo 15 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 set. 2001.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

DANIEL, Felipe Alexandre Santa Anna Mucci. **Natureza jurídica do vínculo agente-estado e a adoção de instrumentos consensuais de participação no regime jurídico disciplinar dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

I Concurso de Monografias do TRE-MG

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Carona em sistema de registro de preços: uma opção inteligente para redução de custos e controle. **O pregoeiro**, ano 3, out. 2007.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Vade-mécum de licitações e contratos**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FORTINI, Cristiana. **Contratos administrativos, franquias, concessão, permissão e PPP**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GIACOMONI, James. **Orçamento público**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

GUIMARÃES, Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. **Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **TCU restringe a utilização de "carona" no sistema de registro de preços**. Disponível em: <http://www.baceventos.com.br/PDFS/mjf_carona.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACHADO JR, José Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. **A Lei 4.320 comentada**. 30. ed. Rio de Janeiro: IBAM, 2001.

MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. **Contratação temporária por excepcional interesse público: aspectos polêmicos**. São Paulo: LTR, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

I Concurso de Monografias do TRE-MG

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Boletim de direito administrativo**, São Paulo, ano 16, n.11, nov. 2000.

MORAES, Germana de O. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Aplicação do código civil às licitações e contratos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MUKAI, Toshio. **Licitações e contratos públicos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MUKAI, Toshio. Registro de preços: inconstitucionalidade do art. 8º do Decreto Federal n. 3.931/2001 e do art. 15-A, § 3º, do Decreto Estadual n. 51.809/2007 (figura do carona). Possibilidade de cometimento do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/93. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 1, 2008.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. 5. ed. Curitiba: Zênite, 2008.

REIS, Paulo Sérgio de Monteiro. O carona no sistema de registro de preços. **Revista zênite de licitações e contratos**, Curitiba, ano 15, n. 167, p. 36-43, jan. 2008.

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

SOUTO, Marcos Juruena Villela; GARCIA, Flávio Amaral. Sistema de registro de preços: o efeito "carona". **Boletim de licitações e contratos**, São Paulo, v. 20, n. 3, p. 239-248, mar. 2007.