

# A Garantia Constitucional da Licitação na Modalidade Pregão na Forma Eletrônica

**Giovanna Gabriela do Vale Vasconcelos**

*Analista Judiciário do Supremo Tribunal Federal, Presidente da Comissão Permanente de Licitação e Pregoeira do STF, Especialista em Direito Econômico e das Empresas pela Fundação Getúlio Vargas e Pós-Graduada em Direito Privado pelo Instituto Brasileiro de Direito Público.*

SUMÁRIO: I – Breve histórico da licitação no Brasil; II – A modalidade pregão e sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro; III – Peculiaridades do pregão; IV – A garantia constitucional da licitação na modalidade pregão na forma eletrônica; O paradigma principiológico; Aspectos polêmicos da modalidade pregão eletrônico na forma eletrônica; Obrigatoriedade x preferencialidade do pregão eletrônico; Pregão eletrônico, probidade administrativa e a tecnologia da informação; Conclusão; Referências bibliográficas.

## I – BREVE HISTÓRICO DA LICITAÇÃO NO BRASIL

A licitação foi introduzida no Direito Público brasileiro há 143 anos pelo Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862, que regulamentava as arrematações dos serviços do então Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. E em 1922, após diversas leis esparsas, o procedimento licitatório foi consolidado no âmbito federal pelo Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922, que organizou o Código de Contabilidade da União.

Em 1967, a Administração Pública Federal, por meio do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967 (arts. 125-144), que estabeleceu a reforma administrativa federal, sistematizou o procedimento no âmbito das Administrações dos Estados e dos Municípios. Em 1986, instituiu-se pela primeira vez o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos, por meio do Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de janeiro de 1986, atualizado, em 1987, pelos Decretos-Leis nºs 2.348 e 2.360.

Por fim, a Constituição de 1988 representou um notável progresso na institucionalização e democratização da Administração Pública, elevando o princípio da licitação à sede constitucional, de observância obrigatória pela Administração Pública Direta e Indireta de todos os Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. A Constituição de 1988 foi a primeira

Constituição no Brasil a incluir o tema de licitação e contrato administrativo na competência da União para editar normas gerais.

Assim, o quadro geral da licitação evolui muito no Brasil e tem muito a se aperfeiçoar, com o objetivo de conferir maior eficiência às contratações públicas, para se selecionar a proposta mais vantajosa para o contrato de interesse de determinado ente ou órgão público, preservar e garantir tratamento isonômico a todos que demonstrem condições de participar do certame e tenham interesse em disputar o objeto contratual oferecido.

O princípio da licitação constante da Constituição de 1988 é uma regra constitucional contida, dependente de reserva legal qualificada, regulada pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que instituiu inicialmente 5 (cinco) modalidades de licitação: concorrência, tomada de preços, convite, leilão e concurso.

Já a modalidade *pregão* foi introduzida primitivamente pela Medida Provisória nº 2.026/2000, e posteriormente, em 2002, essa medida provisória transformou-se na Lei Federal nº 10.520. Recentemente, foi publicado o Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, que trouxe substanciais alterações, em especial, quanto à obrigatoriedade *versus* preferencialidade do *pregão* na sua forma eletrônica em detrimento da forma presencial. Dessa forma, o ideário do Estado Democrático do Direito reveste-se de maior evidência, em virtude de mecanismos efetivos e eficazes utilizados pela Administração Pública no trato da coisa pública e do Erário, no qual utiliza recursos da tecnologia da informação para primar ainda mais pela eficiência, pela transparência, pelo controle dos atos administrativos licitatórios e pela desburocratização, com a obrigatoriedade do *pregão* eletrônico.

Não há como se olvidar que o Direito Administrativo, de um modo geral, e em especial, o ramo de licitações e contratos administrativos, está passando por intensas e positivas transformações. Dentre as principais transformações, destaca-se a atuação da Administração Pública, os direitos dos administrados e do aprimoramento e surgimento de novas formas de controle da Administração.

Há, também, a cogitação de uma codificação do Direito Administrativo brasileiro, consoante a experiência de Portugal, vez que a reunião de textos normativos administrativos em um só corpo de lei, como ocorre com os demais ramos do Direito, propiciaria à Administração e aos administrados maior segurança e facilidade na observância e aplicação das normas, para oferecer melhores possibilidades de controle.

## II – A MODALIDADE PREGÃO E SUA INTRODUÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A modalidade de licitação *pregão* não é exatamente uma idéia nova. No ano de 1592, as Ordenações Filipinas regularam as primeiras práticas de

licitação pública, assumindo precisamente o pregão. No Direito Comparado, o pregão tem sido utilizado por diversos países da América Latina, a exemplo do Uruguai e da Argentina. O pregão surgiu no sistema jurídico brasileiro na Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que criou a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, marco legal que determinou a transformação do papel do Estado no setor de telecomunicações.

O pregão, no Brasil, surge, assim, num primeiro momento, apenas para as contratações da Anatel, sendo, posteriormente, estendido a todas as agências reguladoras através da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, que trata da gestão de recursos nas agências reguladoras. A propósito, o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.668-5/DF<sup>1</sup>, manifestou-se pela constitucionalidade da modalidade pregão, de sorte que, com a interpretação da Suprema Corte, o disposto no § 8º do art. 22 da Lei nº 8.666/1993, que vedava a criação de outras modalidades de licitação, foi efetivamente derogado, não tendo mais eficácia jurídica, pois, em consonância com o decidido pelo plenário do STF nos autos da referida ADIn, o disposto no inciso XXVII do art. 22 da Constituição não exclui a possibilidade de determinados tipos de modalidade de licitações serem criados em lei específica.

Na esteira do voto vencedor, manifestaram-se os Ministros Nelson Jobim, Moreira Alves, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Carlos Velloso e Ilmar Galvão, ou seja, seis dos onze Ministros do STF. Por outro lado, o Ministro-Relator, Marco Aurélio Farias de Mello, na tese da defesa da Constituição, no caso em tela, do art. 22, XXVII, foi contrário à constitucionalidade dos arts. 54, 55 a 58 da Lei Geral de Telecomunicações, por entender que tal fato prejudicaria a razão de ser da existência de uma norma geral, tal como prevista no inciso XXVII do art. 22 da Constituição de 1988.

Ante esses fatos, a idéia do pregão foi impulsionada pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, o que culminou na edição, pelo Presidente da República, da Medida Provisória nº 2.206/2000, posteriormente, transformada na Medida Provisória nº 2.182 e reeditada, sucessivamente, por 18 (dezoito) vezes. A instituição por medida provisória causou uma verdadeira revolução na clássica legislação sobre o assunto, por ser considerado meio impróprio, nos termos do art. 62 da Constituição.

Durante a vigência da Medida Provisória nº 2.182, foram reeditados dois decretos federais regulamentando o pregão: o Decreto Federal nº 3.555, de 8 de agosto de 2000, que aprovou o Regulamento para a forma presencial e o Decreto Federal nº 3.697, de 21 de dezembro de 2000, que regulamentou a forma eletrônica. Além disso, cabe ressaltar que, inicialmente, a Medida Provisória nº 2.026/2000 instituiu o pregão apenas no âmbito da União. Estabelecia o art. 1º da medida provisória que, “para aquisição de bens e serviços comuns, a União poderá adotar licitação na modalidade pregão”.

1 MC-ADIn 1668/DF, TP, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 20.08.1998, DJ 16.04.2004.

Assim, o pregão foi operacionalizado no ano de 1998, sob a forma presencial, para as compras da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). E, no ano de 2000, o Governo Federal aprovou lei que estendia a modalidade a toda a Administração, trazendo uma série de vantagens.

Diversos juristas questionaram a constitucionalidade dessa medida provisória, em especial, do art. 1º, que restringia a aplicabilidade da modalidade pregão apenas no âmbito da União, entre eles, Marçal Justen Filho e Celso Antônio Bandeira de Mello, que afirmaram ser inviável à União, no uso de sua competência, editar normas gerais acerca de licitação, instituir nova modalidade restrita a órbita federal, devendo ser, portanto, admitida a extensão da referida modalidade também para outros entes federativos. Outros juristas e autores, a exemplo do Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Jessé Torres Pereira Júnior, entendiam ser possível a aplicação da referida medida provisória aos demais entes federativos, em face da interpretação conforme a Constituição.

Em virtude dessa celeuma, houve uma proliferação de normas locais sobre o pregão, com a edição de leis e decretos para criar e regulamentar a nova modalidade no âmbito de Estados e Municípios. A edição da Lei Federal nº 10.520/2002 veio com o intuito de superar muitos aspectos polêmicos, como a aplicação da nova modalidade também aos Estados, Distrito Federal e Municípios. Todavia, essa matéria acabou sendo objeto de veto presidencial, o que não pacificou a questão, nos termos do art. 2º. No entanto, diversos doutrinadores posicionaram-se favoravelmente à adoção do pregão pelos demais entes federados. Assim, muito combatida pelos doutrinadores por infração a pressupostos constitucionais, a “Medida Provisória do Pregão” foi convertida na Lei nº 10.520/2002, na qual se estendeu a possibilidade de criação do pregão aos Estados, Municípios e Distrito Federal e mantiveram-se vigente os decretos regulamentares.

*A priori*, vale ressaltar que alguns desavisados poderiam pensar que não seria possível a edição da Lei nº 10.520/2002, nos moldes em que foi idealizada como norma geral, a teor do art. 22, XXVII, da Constituição. É pacífico na doutrina que a edição de determinado texto legal não exaure a competência legislativa do ente federativo, o que implica a coexistência da Lei nº 8.666/1993 e a Lei nº 10.520/2002, ressalvados os aspectos incompatíveis entre ambas.

A competência federal, para produzir normas gerais, poderá exteriorizar-se em uma lei ou em vários diplomas. Não é possível estabelecer uma espécie de hierarquia superior da Lei nº 8.666/1993, do que derivaria a impossibilidade de lei ordinária posterior disciplinar a mesma matéria. A Lei nº 8.666/1993 constitui-se em uma lei ordinária, que pode ser modificada por lei subsequente de idêntica hierarquia.

Veja, portanto, que um dos aspectos incompatíveis entre a Lei nº 8.666/1993 e a Lei nº 10.520/2002 é o teor do § 8º do art. 22 da Lei nº 8.666/1993

com a criação da nova modalidade de licitação pela Lei nº 10.520/2002. A esse respeito deve prevalecer a regra do § 1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, que determina que a lei posterior revoga lei anterior quando seja com ela incompatível, em consonância com o entendimento contido na ADIn 1668-5/DF, anteriormente citado.

Resta saber se a excessiva regulamentação e as constantes e reiteradas exigências formais que são impostas aos administradores permitirão uma atuação do agente público voltado para a obtenção dos melhores resultados, vez que uma boa administração não se instala apenas por norma de direito. É necessário reavaliar constantemente os infundáveis procedimentos administrativos, as inúmeras normas e o hábito do processo como instrumento formal de demonstração da regularidade dos atos da administração, pois os atos regulares legítimos devem repercutir na eficácia e na economicidade.

### III – PECULIARIDADES DO PREGÃO

A palavra pregão corresponde ao ato de apregoar e significa a proclamação pública, de palavras ditas em alta voz, para se anunciar alguma notícia ou se fazer algum aviso. Na esfera do Direito Administrativo, o pregão tem modo idêntico ao procedimento em que se realiza o leilão. Todavia, no leilão, a Administração pretende obter a melhor oferta em relação a bens móveis inservíveis para a Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis, conforme determina a Lei nº 8.666/1993. Já no pregão, a Administração pretende o menor preço por parte do administrado para aquisição de bens e serviços.

Inovadoras e simples, as atuais regras do pregão prevêem a inversão das fases de habilitação e classificação dos licitantes, facultando o exame da documentação apenas do licitante detentor do melhor preço, obtido por meio de proposta ou lances, em sessão pública, com a presença dos fornecedores (Pregão Presencial) ou, virtualmente, por meio do Pregão Eletrônico, no endereço [www.comprasnet.gov.br](http://www.comprasnet.gov.br), bem como redução do tempo para publicidade e inexistência de restrição quanto ao valor do futuro contrato.

Em apertada síntese, pode-se dizer que o pregão surge como uma modalidade que privilegia dois princípios cardeais da Administração Pública, quais sejam, o princípio da eficiência e o princípio da economicidade. Atende ao princípio da eficiência, na medida em que se pode conceber este princípio, hoje constante no *caput* do art. 37 da Constituição, como uma diretriz ao administrador público que recomenda a adoção de ações e planejamentos que melhor atendam aos interesses da Administração. Ao princípio da economicidade, já que dota a Administração de meios jurídicos de contratar com maior vantagem na obtenção do preço a ser pago.

Reitera-se que no pregão só é examinada a documentação de habilitação do participante que tiver apresentando a proposta de preço vencedo-

ra. Outra característica é a possibilidade de renovação de lances por todos ou alguns dos licitantes, até se chegar à proposta mais vantajosa. Por outro lado, o pregão caracteriza-se pelo princípio da concentração dos atos licitatórios na sessão pública, ou seja, a sessão pública a princípio é una e indivisível. Com efeito, a natureza do procedimento do pregão exclui, a princípio, a possibilidade de diligências que demandam dilação temporal.

Cabe ressaltar que o pregão só poderá ser utilizado para aquisição de bens ou serviços comuns, de fácil caracterização, conforme o parágrafo único do art. 1º: “Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidades possam ser objetivamente definidos pelo Edital, por meio de especificações usuais no mercado”.

Nesse sentido, a definição de bem ou serviço comum não impede que a Administração adote requisitos de qualidade mínima. Um bem ou serviço não deixa de ser “comum” quando a Administração estabelece padrões mínimos de aceitabilidade. Mesmo no mercado, existem diversos padrões de qualidade de produtos, todos eles conceituados de “comum”. A adoção da modalidade pregão não significa que a Administração será constrangida a adquirir produtos de qualidade inadequada, apenas porque buscará o menor preço.

Por outro lado, constitui um modelo de aperfeiçoamento nas contratações públicas, sem ter o paradigma de ser a melhor ou a pior das demais modalidades licitatórias, porque existem outras variáveis no cotejo do sucesso das contratações públicas, como a escorreita descrição do objeto a ser licitado, ausência de exigências desnecessárias e impróprias de habilitação, bem como a acuidade da Administração em incluir e publicar eventuais alterações ou modificações no Edital, com transparência, probidade e isonomia, dentre outros aspectos relevantes.

Um dos maiores desafios para o sucesso do pregão requer a disponibilização de recursos humanos, financeiros e tecnológicos. Assim, a preparação de pregoeiros constitui um aspecto importante, vez que esses servidores públicos assumem papel de negociadores do governo, sendo imputado a eles uma carga maior de responsabilidade por responderem com patrimônio próprio, quando comprovadamente fizerem mau uso do Erário.

O pregoeiro é designado pela autoridade competente do órgão ou entidade, cuja formalização se dá por meio de ato jurídico, a saber: decreto, resolução, portaria, conforme a natureza da entidade ou órgão. Os atos do pregoeiro são fiscalizados por qualquer cidadão, pela própria autoridade que o nomeou e também pelos órgãos de controle interno e externo.

Nesse sentido, a negociação que pode se promovida pelo pregoeiro constitui um realidade inexorável, de sorte que os servidores na qualidade de pregoeiro devem possuir capacidade de liderança, domínio da legislação

e do processo licitatório, rapidez em agir e decidir com segurança, seriedade, transparência, habilidade, comprometimento, equilíbrio e controle emocional, com potencialidades a serem desenvolvidas, tais como a experiência e a técnica de negociar.

Todavia, a negociação a ser promovida pelo pregoeiro é uma negociação mitigada, tendo em vista o princípio da legalidade, haja vista que, embora seja um poder-dever, essa negociação tem parâmetros e limites fixados na lei e no edital. Na verdade, trata-se de uma negociação mitigada por estar restrita ao preço ofertado, porque as demais cláusulas e exigências são vinculativas e não podem ser alteradas.

A negociação, se considerada oportuna pelo pregoeiro, será feita, sendo acompanhada pelos demais interessados. Para concluir pela conveniência da negociação, deve o pregoeiro, após o encerramento da etapa competitiva, examinar a proposta de menor preço, sendo esse exame preponderantemente, quanto ao preço ofertado, sem prejuízo de desclassificação posterior quanto às demais condições gerais da proposta se estiverem em desacordo com o edital.

Com efeito, a criação da modalidade pregão constitui uma possibilidade de aperfeiçoamento da gestão do administrador público, como um instrumento para alcançar a eficácia da Administração Pública. A propósito, a inversão das fases de licitação constitui o grande diferencial e baliza dessa modalidade, à medida que cria a fase de lances, democratiza o processo licitatório, realçando o princípio da economicidade, da eficiência, da competitividade.

Portanto, a modalidade pregão está em compasso com a finalidade precípua da licitação que é a de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e em consonância com o interesse público, ou seja, também em harmonia com o princípio-garantia constitucional da licitação.

## **IV – A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA LICITAÇÃO NA MODALIDADE PREGÃO NA FORMA ELETRÔNICA**

### **O paradigma principiológico**

O conteúdo ético-jurídico da licitação, sob a perspectiva principiológica, procedimental e processual, foi idealizado pelo Poder Constituinte Originário ante a perspectiva do Estado Democrático de Direito, conforme previsto na Constituição de 1988.

De fato, o art. 37, XXI, da Constituição de 1988 assim prescreve: “Reservados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas

que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Nesse paradigma, surgiu a Lei nº 8.666/1993, que tem como foco a regra obrigatória da licitação e cujo procedimento depende de observância de princípios específicos, a saber, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da proposta mais vantajosa, da adjudicação compulsória, da competitividade, da finalidade, da razoabilidade, do justo preço, da seletividade, da comparação objetiva das propostas, sem prejuízo dos princípios gerais da Administração Pública, quais sejam, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da probidade administrativa.

Nesse contexto, a eficácia jurídica da garantia fundamental da licitação ganhou um novo condão com o advento da modalidade licitação do pregão, respaldada no princípio da eficiência introduzido na Constituição pela Emenda Constitucional nº 19/1998. Aliás, a constitucionalidade e a legalidade da modalidade pregão foram questionadas. Todavia, conforme se verifica da Teoria Geral do Direito Constitucional, as garantias e os direitos individuais podem ser aprimorados, de sorte que, no caso do princípio da licitação, restou preservado e aperfeiçoado com o advento da modalidade pregão, não obstante ser questionável a técnica legislativa utilizada para sua introdução no ordenamento jurídico.

Agora, mais uma vez, a modalidade do pregão está em evidência quanto à constitucionalidade e à legalidade, em face do advento do Decreto nº 5.450, de 31 de maio, que entrou em vigor em 1º de julho de 2005, o qual vislumbra a prevalência do pregão em sua forma eletrônica em contraposição à sua forma presencial, para otimizar a transparência no trato da coisa pública e igualmente os princípios norteadores da Administração Pública e os decorrentes da licitação.

Com o advento do pregão, nas suas formas presencial e eletrônica, pretendeu-se reforçar a garantia constitucional da licitação, para afastar a idéia de que a licitação se trata de “um jogo de cartas marcadas”. A modalidade pregão eletrônico tem como proposta ser mais eficaz e menos burocrático, para cumprir a referida garantia, idealizada pelo Poder Constituinte Originário, vez que, como se pode perceber, as modalidades concorrência, tomada de preços e convite passaram a ser muito menos utilizadas pela Administração Pública e, em face do Decreto nº 5.450/2005, tende a ser dominante o pregão na forma eletrônica em detrimento da forma presencial.

O Diário Oficial da União, edição de 1º de junho de 2005, trouxe a publicação oficial do Decreto nº 5.450, de 31 de maio, com vigência a partir de 1º julho de 2006, que regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências, ficando re-



vogado o Decreto nº 3.697, de 21 de dezembro de 2000. O novo decreto vigente já era esperado, tendo em vista a divulgação do Poder Executivo Federal que vinha fazendo a respeito.

É indubitável e essencial que as compras públicas devam primar pela transparência, economicidade, probidade e moralidade administrativa, por isso seu conteúdo constitucional, em face de sua importância para o Estado Democrático de Direito. Certo que o trato com a coisa pública então se norteia pela regra da licitação; o administrador deverá agir com acuidade, observando o que a lei permite e autoriza a fazê-lo, sob a égide do princípio da legalidade. Pretende-se, pois, afastar a corrupção, dentre outras formas de abusos e excesso de poder no trato da coisa pública.

A propósito, os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito que causam prejuízo ao Erário e que atentam contra os princípios da Administração Pública são reprimidos e fiscalizados, em toda a órbita da Administração Pública, em especial, nas licitações. Certamente, o conteúdo jurídico fortemente retratado nas leis infraconstitucionais sobre o assunto tem essa perspectiva, qual seja, aperfeiçoar as normas vigentes com a força normativa do dever de licitar. Mas, antes de tudo, o conteúdo ético também se faz fortemente presente, de sorte que os mecanismos legislativos nem sempre afastam discussões acerca do real cumprimento dos princípios regentes da Administração Pública e os decorrentes do princípio da licitação.

É necessário aferir a efetividade da garantia fundamental da licitação concebida na Constituição de 1988, em especial da modalidade do pregão em sua forma eletrônica, abordando os aspectos positivos e negativos da referida modalidade.

Por fim, o que se pode observar é que a modalidade do pregão pretende coibir o desvirtuamento da função pública, à medida que atesta a crise da democracia. Pretende retificar os valores da sociedade e corrigir a situação vexatória da ordem jurídica para a realização do utópico Estado Democrático de Direito, não obstante a quantidade de leis já existentes sobre o tema da licitação. O fato de ter sido alçado ao *status* de garantia constitucional é de extrema importância para a análise do procedimento licitatório dentro do ordenamento jurídico.

A propósito, assim registrou o Professor Konrad Hesse, em sua obra *A força normativa da Constituição*<sup>2</sup>:

“Mas, a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuele Beschaffenheit der Gegenwart*).

2 HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 19.

Embora a Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos princípios responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição.”

A instituição do pregão pode ser entendida como um marco para o reforço da força normativa da garantia constitucional da licitação para o atingimento dos objetivos constitucionais e legais da licitação como princípio, processo e procedimento. Portanto, a mudança de paradigma, ante as inovações trazidas pela criação da modalidade pregão, tanto em sua forma presencial e eletrônica, reforça o conteúdo da regra da licitação que tem alçada constitucional. Assim, sob esse enfoque, pode-se afirmar que o pregão eletrônico retrata uma evolução no processo de democratização da atividade contratual do Estado e um compromisso com a garantia constitucional da licitação.

Vê-se que a modalidade pregão na forma eletrônica, em sua concepção, pretende reforçar a dupla perspectiva da licitação e, portanto, a eficácia da garantia constitucional da licitação. Quais sejam esses dois objetivos? Pretende-se que os entes e órgãos públicos realizem a contratação mais vantajosa, bem como se realize um procedimento em que os administrados participem efetivamente dos negócios que a Administração deseja realizar com os particulares contratados.

### **Aspectos polêmicos da modalidade pregão eletrônico na forma eletrônica**

O grande dilema do pregão, em especial, na forma eletrônica, relaciona-se à supressão dos instrumentos de controle da atividade administrativa, importando sacrifício aos princípios da publicidade e do devido processo legal administrativo. É necessário conjugar a dinâmica da comunicação eletrônica com a observância de certas formalidades legais, o cumprimento dos princípios licitatórios e o controle sobre a atuação dos administrados. Por outro lado, transpassada essa crítica, sem sombra de dúvidas a modalidade pregão na forma eletrônica pretende evoluir na supressão de certas formalidades e exigências burocráticas, possibilitando ainda mais a dinamização do procedimento previsto na forma presencial.

Os que defendem o pregão eletrônico vislumbram as suas vantagens: agilidade nas aquisições de bens e serviços; garantia de transparência; segurança; otimização dos recursos; interação de sistemas; redução de custos

aos fornecedores e inibição à formação de cartéis. Por outro lado, em que pesem as vantagens do pregão, em especial, na forma eletrônica, destacam-se pontos, críticas e reflexões que inspiram certos cuidados.

As modalidades clássicas da licitação mostraram-se ineficazes ao longo dos anos, tanto do ponto de vista econômico, considerando o sigilo das propostas, envelopes lacrados, a forma do procedimento, bem como sob o aspecto ético, vez que os conluíus e as fraudes com esse regime jurídico foram e muitas vezes são constados pela mídia brasileira.

A proposta do pregão, tanto em sua forma presencial e eletrônica, é afastar a cogitação de dúvidas sobre a lisura e transparência do processo/procedimento administrativo respectivo. Ocorre que, se por um lado, constata-se a potencialidade do novo regime jurídico para afastar qualquer falha ou ilegalidade no *iter* procedimental, por outro lado, o que se percebe é se não houver bom-senso, razoabilidade, proporcionalidade, ponderação de princípios, e acima de tudo, ética nas relações jurídicas decorrentes da utilização do pregão, sua utilização não alcançará a plena finalidade.

É certo que, sob o aspecto econômico, a realidade atual demonstra a redução de custos para a Administração Pública brasileira. Todavia, para a excelência do sistema, não basta atingir o princípio da proposta mais vantajosa: é preciso observar a magnitude dos demais princípios específicos da licitação, dos princípios gerais do Direito Administrativo e o princípio do devido processo legal também consagrado no âmbito do processo administrativo.

A licitação envolve o direito de petição, de esclarecimentos legítimos, do direito de recorrer, do cumprimento e respeito aos prazos processuais, de respostas às impugnações administrativas que realmente vislumbrem a imparcialidade, o interesse público, análises técnicas razoáveis exaradas pela Administração, decisões legítimas, da publicidade, dentre outros aspectos que respaldem a licitação como garantia constitucional e que dêem força normativa às modalidades de licitação.

Sob essa perspectiva, verifica-se a importância da observância do princípio do devido processo legal em consonância com a efetividade da garantia constitucional da licitação, especialmente, sua análise sob a ótica da nova modalidade licitatória – o pregão eletrônico. Certo que o Direito, por não constituir ciência exata, tem inerente a questão da dialética. Nesse aspecto, não é possível argumentar em defesa do pregão eletrônico a invocação, tão-apesas, do princípio da eficiência e de dados estatísticos sobre a economia dos cofres públicos, sem perder de vista os princípios estruturantes da ordem jurídica e do Estado Democrático de Direito.

O modelo jurídico-administrativo em vigor no Brasil, em conformidade com o ideário do Estado Democrático de Direito, deve atender, assim, a um tríplice ordem de imperativos: legalidade-moralidade-eficiência. Tais di-

retrizes devem ser realizadas de forma equilibrada. Ressalta-se, todavia, que o discurso em defesa, tão-somente, do princípio da legalidade não pode se desvirtuar em legalismo formal ou em burocracia, com o comprometimento da celeridade e da eficiência das decisões e ações administrativas.

Os justos reclamos por eficiência, por outro lado, não podem servir de alibi ao menosprezo para com o princípio da legalidade e para com uma de suas principais conseqüências: a observância do devido processo legal. De fato, decorre do princípio da legalidade administrativa outros princípios jurídicos, tais como o do devido processo legal, o da finalidade, o da publicidade, o da impessoalidade, o da motivação, o da razoabilidade. É a legalidade que permite o controle jurisdicional e público das condutas e decisões, sempre que estas se desviem dos interesses públicos.

Licitação com menos burocracia, eis a proposta do pregão eletrônico para o amadurecimento da Administração Pública e a eficiência da Administração. Nesse sentir, a ação do controle dos atos administrativos ganhou novo condão, vez que o sistema informatizado, em tese, permitiria o extermínio das “cartas marcadas”, de fraudes e conluios noticiados pela mídia.

Todavia, os atos administrativos realizados *on line* pelo pregoeiro devem ser fiscalizados e controlados. Isso não significa que os controles interno e externo terão suas atribuições minoradas, mas deve-se aperfeiçoar para promover igualmente um controle irrefutável. Por outro lado, a própria sociedade civil e os licitantes em geral têm uma novel ferramenta, a tecnologia da informação em seu favor. O comprometimento com a seriedade da modalidade de licitação pregão eletrônico é imbuído aos participantes em geral. Deve haver um envolvimento de ambas as partes.

É *mister* destacar que a Constituição traça, nos incisos LIV e LV do seu art. 5º, a imperiosa observância do devido processo legal, que obsta qualquer ação ou decisão administrativa que não se observe o princípio do contraditório e da ampla defesa. Nesse sentido, no que tange aos recursos administrativos, em especial no pregão eletrônico, suscita-se que o modo de sua interposição viola o Estado Democrático de Direito. O pregão eletrônico, pela sua própria conformação e natureza, não possibilita a vista dos documentos e propostas dos licitantes, ou seja, o exame dos documentos de propostas de preços e de habilitação. Então, a intenção de recurso e do devido processo legal restam mitigados.

A crítica que se faz é que a conformação legal do pregão eletrônico, nesse aspecto, precisa ser revista e aperfeiçoada para estar em compasso com o Estado Democrático de Direito e com os princípios constitucionais. Nesse ponto crucial, a garantia constitucional da licitação na modalidade pregão tem a sua própria negativa. Ou seja, vislumbra-se, nesse particular, a fragilidade da garantia constitucional da licitação na referida modalidade.

Mas, por outro lado, não se pode deixar de cogitar que pretensões recursais desprovidas de razões sólidas e razoáveis, feitas apenas com o

intuito especulativo e procrastinatório, acarretando atraso na conclusão do certame, podem sujeitar o licitante à aplicação de penalidade, observado, logicamente, o princípio do contraditório e da ampla defesa.

O art. 26, em seu § 3º do Decreto nº 5.450/2005, dá competência ao pregoeiro, tanto no julgamento das propostas como no julgamento de habilitação, para sanar erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e de sua validade jurídica. É indispensável, no entanto, que essa decisão seja fundamentada e registrada na ata do certame, que será disponibilizada para consulta por qualquer interessado.

Falhas meramente formais devem ser corrigidas, evitando-se afastar da disputa interessados que podem eventualmente deter a proposta mais vantajosa, mas que cometeram erros absolutamente desprezíveis e que em nada prejudicam a essência do processo. Nesse sentido, é a jurisprudência assente do Poder Judiciário pátrio, em especial do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse aspecto, o conteúdo ético, moral e de probidade do pregoeiro faz-se relevante para legitimar a adoção do procedimento licitatório na modalidade pregão e, em especial, na modalidade pregão eletrônico. Em face dessa peculiaridade do pregão eletrônico, reforça-se a obrigatoriedade da motivação para assegurar o controle da Administração. A autoridade deve indicar as razões que a levou a decidir e a tomar determinado julgamento ou atitude.

O administrador deve sempre mencionar não só o dispositivo legal no qual procurou amparar sua decisão, mas também os fatos que, concretamente, o levaram a aplicar o dispositivo genérico, abstrato e impessoal para o caso em apreciação. O art. 50 da Lei nº 9.789, de 29 de janeiro de 1999 – que regula o processo administrativo no âmbito federal –, retrata explicitamente essa obrigatoriedade. A problemática da obrigatoriedade da motivação ganha relevo como pregão eletrônico, de sorte que a qualquer simples tomada de decisão por parte do pregoeiro deve estar revestido de explicitações, explicações, justificativas e necessários esclarecimentos, sob pena de violação ao princípio da legalidade e de cogitação de abuso de poder e desvio de finalidade.

O controle tem como finalidade assegurar que a Administração Pública atue com legitimidade, segundo as normas pertinentes a cada caso e de acordo com a finalidade, o interesse coletivo e com os princípios que lhe são impostos, como os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Cumpre registrar que o controle pode ser realizado pela própria Administração, quando então se poderá falar em controle interno e em controle externo, exercido pelos Poderes Legislativo, no âmbito federal, pelo Tribunal de Contas da União e pelo Poder Judiciário.

Eis que no pregão eletrônico possa se cogitar da menor necessidade de controle. Todavia, verifica-se o atributo da legalidade inerente a todo e qualquer ato administrativo, de sorte que imperativa a fiscalização e o controle dos atos administrativos no âmbito do pregão eletrônico, bem como

das decisões do pregoeiro. Além disso, o fato de se utilizar a tecnologia da informação e considerando que a Internet é um sistema aberto, deve-se ressaltar e aperfeiçoar os processos de controle e de auditoria. Aliás, o pregão eletrônico traz à baila a questão de promover maior eficácia do controle interno e externo da Administração Pública, bem como o combate à corrupção.

A questão da interposição dos recursos administrativos *on line* e o registro de intenção de recorrer constituem, no mínimo, a supressão de parcela do princípio do devido processo legal, em favor do princípio da eficiência e da agilidade. Ademais, o certame viabiliza a negociação privativa entre o pregoeiro e os licitantes, o que, feito maliciosamente, poderá ocasionar contratação em moldes diferentes daqueles previamente estabelecidos no edital, de modo a configurar violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Assim, o princípio da motivação e a transparência, a ética, a probidade, a moralidade dos atos do pregoeiro devem ser uma regra constante a fim de minorar os efeitos do tecnicismo do legislador que criou a modalidade pregão eletrônico. O pregoeiro deve se resguardar, ao se nortear em suas tomadas de decisões pela razoabilidade, proporcionalidade e bom senso, de sorte a não abandonar os princípios norteadores do direito em nome do benefício da tecnologia da informação e em detrimento da diretriz do Estado Democrático de Direito. Tarefa árdua as atribuições do pregoeiro e da equipe de apoio para promover o ideário da garantia constitucional da licitação na modalidade pregão eletrônico.

### **Obrigatoriedade x preferencialidade do pregão eletrônico**

O maior impacto do Decreto Federal nº 5.450/2005 foi causado pela norma que torna obrigatória a modalidade pregão e dá preferência à forma eletrônica em detrimento do pregão presencial, que somente pode deixar de ser utilizada, conforme expressão literal, se for comprovada a inviabilidade dela, o que é algo autoritário.

Por outro lado, é contraditório dizer que o pregão eletrônico é preferencial e, ao mesmo tempo, afirmar que ele somente pode deixar de ser adotado se for inviável. Eis a contradição do *caput* do art. 4º e seu § 1º. Além disso, é importante destacar que a análise da conveniência ou inconveniência a respeito da utilização do pregão eletrônico é intrinsecamente discricionária, dependendo, pois, da avaliação subjetiva da autoridade competente. De qualquer maneira, se a autoridade competente reputa que o pregão eletrônico não é a medida mais conveniente, a Administração deve motivar a referida decisão, externando as razões de tal juízo.

### **A inconveniência do art. 4º e seu § 1º do Decreto nº 5.450/2005**

Os agentes administrativos vivem a realidade da Administração, portanto, são as pessoas aptas a identificar o que é mais vantajoso para a Ad-

ministração Pública. Com efeito, não se pode generalizar situação que, na prática, constitui-se de inúmeras especificidades.

Assim, dentre as justificativas possíveis para se eleger o pregão presencial em detrimento do pregão eletrônico, exemplifica-se: a contratação é de pequena monta e não atrai licitantes de outras localidades; o universo de competidores é conhecido e limitado e todos, em princípio, se dispõem a vir até a sede do órgão promotor da licitação; é necessário fazer uma análise mais detida das propostas dos licitantes, especificamente no que tange ao objeto, sendo conveniente, inclusive, exigir amostras; é necessário proceder à análise mais detida da capacitação técnica dos licitantes; é interessante uma intervenção mais ativa do pregoeiro, por efeito do qual o contato dele com os licitantes direto e presencial seria mais proveitoso e o pregão eletrônico já fora realizado para aquele objeto, sem que se tenha obtido resultados favoráveis ao interesse público.

### **Pregão eletrônico, proibidade administrativa e a tecnologia da informação**

Não constitui novidade para nenhum brasileiro o fato de que quantias absurdas de dinheiro público são desperdiçadas e até desviadas, mediante práticas corruptas como simulação de dados, documentos falsos, clientelismo, relações pessoais, concussão, corrupção, ou seja, atos de improbidade administrativa em geral.

É verdade que a sociedade sempre procurou amenizar essa mácula, combinando instrumentos legais, na área administrativa, penal e civil, nem sempre com o êxito desejado. Improbidade é desonestidade e se relaciona com a conduta do administrador e pode ser praticada não apenas pelo agente público, *lato sensu*, mas também por quem não é servidor e infringe a moralidade administrativa.

A propósito, o princípio da moralidade nem precisaria estar inscrito na norma constitucional. É que a moralidade deve ser vista como atributo ínsito e necessário à atuação de qualquer pessoa que trabalhe com verba pública. A lei não faz nascer a moral; esta preexiste e é inerente ao caráter de cada um de nós. Contudo, até se entende essa necessidade do constituinte, diante do quadro político brasileiro, sempre às voltas com escândalos envolvendo o Erário público.

Assim, pelo princípio da moralidade administrativa, não basta ao administrador o estrito cumprimento ao princípio da legalidade, mas também observar, no exercício da função pública, os princípios éticos de razoabilidade e de justiça, pois a moralidade constitui pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública. Nesse diapasão, a modalidade pregão em suas formas, em especial, o pregão eletrônico, traz vantagens para aumentar a transparência dos processos de compras e aquisições pela Administra-

ção, além de reduzir fraudes e, por conseguinte, atos de improbidade e imoralidade administrativa.

A propósito, há a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que define dos atos de improbidade administrativa (Lei de Improbidade Administrativa). Na verdade, não é preciso que ocorra dano efetivo e material ao Erário para que se caracterize a improbidade. Assim, a improbidade traduz a má qualidade de uma administração, pela prática de atos que impliquem enriquecimento ilícito do agente ou em prejuízo ao Erário, ou, ainda, em violação aos princípios que orientam a Administração Pública.

Sob este aspecto, verifica-se que a Administração Pública brasileira adotou uma série de princípios orientadores da atividade administrativa. Devem esses princípios serem aplicados a todos que, direta ou indiretamente, lidem com dinheiro público, sob pena de, em caso de inobservância, serem devidamente responsabilizados civil, administrativa e penalmente, dependendo do grau de agressão ao patrimônio público.

O uso do pregão eletrônico está intimamente ligado à utilização da tecnologia da informação como meio hábil de promover a probidade administrativa no âmbito das licitações. *Information technology* ou tecnologia da informação corresponde aos sistemas de computação destinados a coleta, tratamento, estoque e transmissão de toda a espécie de informação. O que está em xeque é a ponderação entre a probidade administrativa e a segurança dos sistemas de informação, vez que a Internet é um ambiente aberto, cuja finalidade é facilitar a troca de informações. A sua utilização pela Administração pode trazer muitos benefícios, como agilidade, competitividade e transparência, mas, por outro lado, suscitam dúvidas quanto aos benefícios esperados.

Eis que a política de segurança da tecnologia da informação utilizada na operacionalização do pregão eletrônico é um aspecto polêmico e relevante, na medida em que garantirá a lisura transparência e legitimidade de todo o procedimento licitatório realizado eletronicamente. De fato, no pregão eletrônico, todos os atos de competição devem ser realizados via sistema de computação à distância, sem a presença física dos concorrentes e do pregoeiro, em virtude da substituição pelo sistema eletrônico de controle e gerência do certame. Assim, a peculiaridade jurídica do pregão eletrônico consistirá, principalmente, na ausência de sessão pública para a ocorrência da abertura dos envelopes de propostas e fases de lances. Entretanto, não significa sigilo dos atos praticados.

A segurança das informações transmitidas deve ser objeto de monitoramento, proteção e salvaguarda, normatização de procedimentos de segurança e adoção de níveis de segurança, inclusive recomendando-se segurança nas dimensões conceitual, lógica, física e humana, em compasso com a implementação de processos de controle e auditoria.

Ao mesmo tempo em que se apresenta como inovação e avanço, o pregão eletrônico juridicamente apresenta-se como uma ameaça à ordem



constitucional, vez que há defeitos severos na ordem formal, bem como material do procedimento. Certo que, embora eletrônico, não se retira da Administração o dever de colher todas as informações para o certame e documentar todos os seus atos, decisões e motivações. Desta forma, a Administração deverá possuir equipamentos (*software* e máquinas) capazes de registrar todo e qualquer ato praticado no certame, de forma rápida e eficaz. Diminui-se a quantidade de papéis, mas sem prejuízo de uma documentação reduzida e sucinta, sem prejuízo de atos administrativos devidamente motivados.

Além disso, em que pese o grande esforço em se admitir o pregão eletrônico como uma prática costumeira entre os licitantes, o grande problema é a eficácia do documento eletrônico, bem como sua eficácia probatória. Sabe-se que o meio eletrônico, por sua natureza, é um meio bastante volátil, quanto à segurança, confiabilidade, recepção, encaminhamento, adulteração das informações. Com efeito, a verificação da legalidade da documentação eletrônica é realizada por intermédio da denominada “certificação digital”, garantindo a união entre a tecnologia e o Direito, legitimando todo o procedimento licitatório por meio do documento eletrônico.

Desta forma, para a comprovação dos atos praticados no certame licitatório, o art. 8º da Lei do Pregão admite que a possibilidade de certificação ou autenticidade dos atos praticados pode ser considerada como meio adequado à documentação do processo, em consonância, portanto, com o art. 322 do Código de Processo Civil.

Ademais, os desvios precisam ser combatidos tanto por meio do controle preventivo quanto repressivo dos atos administrativos no sentido mais amplo pelas instituições públicas, como é legítimo autor o Ministério Público, além da Advocacia-Geral da União, da Polícia Federal e do Tribunal de Contas da União, este, em especial, no controle repressivo. Nesse contexto, a modalidade pregão eletrônico foi idealizada como um meio de controle preventivo quanto à transparência e à regularidade dos atos administrativos específicos nas licitações públicas e de fato está em compasso com a atualidade do mundo moderno e a evolução tecnológica de nossos tempos.

## CONCLUSÃO

O pregão, na sua forma eletrônica, já é indiscutivelmente o presente da Administração Pública e uma tendência na Administração brasileira. Todavia, clama-se por uma completa revisão da legislação brasileira sobre o tema de licitações, de modo a possibilitar um texto legislativo coerente, que represente a realidade do mundo atual, que possa ser entendida por todos e aplicada sem maiores dificuldades, de modo a proporcionar contratações simplificadas, em obediência ao princípio da legalidade, da publicidade, da isonomia, ou seja, do princípio mais amplo e que engloba os precedentes, qual seja, o princípio do devido processo legal. Aliás, o que se vê são alguns

descompassos, quando se compara detalhes entre o pregão eletrônico e o pregão presencial, sem qualquer razão jurídica, de modo que as diferenças são despropositadas.

Entenda-se que deve haver por parte do Poder Executivo, bem como do Poder Legislativo, maior atenção quanto a essa nova modalidade pregão, em especial, na forma eletrônica. De fato, urgia que se dinamizasse o procedimento, mas as inovações implementadas em alguns aspectos violam as garantias constitucionais, bem como desprestigiam os princípios que norteiam e consagram o Direito Administrativo, ao talante de preponderar os princípios da eficiência e da economicidade, em detrimento do devido processo legal e da publicidade. Estes dois últimos princípios podem ainda ser aperfeiçoados na modalidade pregão na forma eletrônica.

Sem sombra de dúvidas, apesar da crítica, tem um aspecto positivo a modalidade pregão na forma eletrônica: constitui uma evolução na licitação, pelo ideário da desburocratização, apesar da crítica acerca da publicidade no pregão eletrônico.

O problema não é anterior à fase externa do procedimento, mas sim ao edital, ao projeto básico e ao termo de referência. Na elaboração desses documentos, é importante se motivar as escolhas da Administração, sem violação dos princípios constitucionais e administrativos, sempre com acuidade, razoabilidade, isonomia e legalidade. O sítio [www.comprasnet.gov.br](http://www.comprasnet.gov.br) está em aperfeiçoamento e muitas situações devem ser previstas no sistema, para que o sistema se harmonize com as possibilidades do ordenamento jurídico administrativo-licitatório.

Na prática, verifica-se que o pregão eletrônico, em muitas aquisições públicas, constitui um embaraço, principalmente nas licitações de grande vulto, em que os licitantes se sentem prejudicados e acabam registrando intenções de recursos protelatórios. Eis que os lances eletrônicos, embora pretendam favorecer o dever de licitar, acabam criando um embaraço, e muitos licitantes se sentem injustiçados quando do término da fase de lances, porque tudo acontece virtualmente. O que se percebe é que em muitos casos o pregão presencial seria uma melhor opção; todavia, em obediência ao Decreto nº 5.450/2005, a Administração acaba optando pela obrigatoriedade do pregão eletrônico, ante o embaraço legislativo preferencialidade x obrigatoriedade do pregão eletrônico.

Verifica-se que o conceito de bens e serviços comuns precisa ser reformulado, quando se trata do pregão eletrônico, ante a forma do procedimento se dar virtualmente, de sorte que entendo temerária a opção pelo pregão na forma eletrônica. Nesse sentido, o objeto licitado muitas vezes constitui-se complexo, embora se enquadre como um bem ou serviço comum. Reforça-se: a melhor opção seria o pregão presencial. É preciso analisar a proposta de preços, documentos referentes a essa fase, e, muitas vezes, o pregoeiro e a equipe de apoio podem cometer uma verdadeira injusti-

ça. Caso se optasse pelo pregão presencial, há algumas situações que são perfeitamente sanáveis e esclarecidas, quando os fornecedores comparecem a uma sessão pública.

A opção do pregão eletrônico pode ser até mais econômica no procedimento, e pode levar até mais economia para a Administração em termos dos preços praticados pelos fornecedores. Não obstante, os fornecedores e as empresas precisam se comprometer para o sucesso da modalidade ao encaminhar a documentação, bem como originais, no prazo estipulado, e estarem conectados no sistema.

Ocorre que, muitas vezes, os licitantes participam da fase de lances, e ao final não encaminham sua proposta de preços ajustada nem documentos de habilitação, tornando o procedimento moroso, quando, em sua concepção, prima pela celeridade. É preciso alertar os fornecedores/empresas das responsabilidades e penalidades administrativas a que estão sujeitos. Nesse aspecto, as penalidades são até mais severas do que as modalidades tradicionais, para promover de antemão um compromisso ético entre as partes (Administração e licitante): quer dizer, o compromisso ético se faz atrás de uma censura maior, com sugestão de penalidades. Não deveria ser assim, o que demonstra que nossa sociedade está mesmo em evolução cultural.

Por fim, cabe salientar que a legislação, nesse aspecto, é bem mais rigorosa quanto à gravidade e à aplicação das penalidades que prevê a possibilidade de aplicação de penalidade de impedimento de licitar e contratar com a Administração pelo prazo de até 5 (cinco) anos ao licitante que ensejar o retardamento do certame e também comportar-se de modo inidôneo.

Mais um aspecto: a questão de discricionariedade do pregoeiro no procedimento do pregão na forma eletrônica se sobressai. Antes, é preciso que o pregoeiro e sua equipe de apoio vislumbrem sempre o princípio da proporcionalidade, da razoabilidade, da adequação. Em resumo, bom senso e boa razão, que a experiência e a vivência no trato diário com licitações proporcionam e agregam, além do necessário desenvolvimento de atributos necessários ao bom desempenho da atividade de pregoeiro, como razoável formação jurídica, equilíbrio emocional, liderança, firmeza e segurança na tomada de decisões.

Apesar da crítica a respeito do imbróglio jurídico em face do descompasso verificado entre a modalidade pregão eletrônico e o Estado Democrático de Direito, certo que os pregoeiros, nas diversas esferas da Administração Pública, contribuíram para o aperfeiçoamento desta interessante e válida criação legislativa que é o pregão, em especial, na sua forma eletrônica, sempre vislumbrando a ética, a lisura, a transparência e a moralidade administrativa.

Por fim, a força normativa da garantia constitucional da licitação deve pressupor previamente o exercício da ética, da moralidade e da probidade

administrativa nos atos administrativos dos agentes públicos. Sem essas três atitudes, qualquer que seja a modalidade licitatória.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### Livros

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão* (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo concreto*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão presencial e eletrônico de acordo com Decreto nº 5.450/05*. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Zênite, 2005.

### Artigos

- BARROS, Felipe Luiz Machado. Princípios administrativos aplicados à licitação pública. *Jus Navigandi*, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.co.br/doutrina/texto.asp?id=3175>>. Acesso em: 14 nov. 2005.
- BERLOFFA, Ricardo Ribas da Costa. Aspectos relevantes do pregão. *Doutrina/Parecer/Comentários – 992/106/dez*. 2002. Disponível em: <[www.zenite.com.br](http://www.zenite.com.br)>. Acesso em: 14 nov. 2005.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A história das licitações – 500 anos do direito administrativo. Disponível em: <[www.conlicitação.com.br](http://www.conlicitação.com.br)>. Acesso em: 22 ago. 2005.
- FAYET, Eduardo. Os desafios dos negócios pela Internet. *Mercado-251121/mar*. 2004. Disponível em: <[www.zenite.com.br](http://www.zenite.com.br)>. Acesso em: 14 nov. 2005.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Inovações do Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005. *Pregão em destaque – 709/138/ago*. 2005. Disponível em: <[www.zenite.com.br](http://www.zenite.com.br)>. Acesso em: 14 nov. 2005.
- MAURANO, Adriana. A instituição do pregão para aquisição de bens e contratação de serviços comuns. A história das licitações – aspectos históricos. *Consórcio Nacional de Licitação*. Disponível em: <[www.conlicitação.com.br](http://www.conlicitação.com.br)>. Acesso em: 22 ago. 2005.
- MOREIRA, Marcelo Silva Moreira. Reforma administrativa ou reforma dos administradores. Disponível em: <[www.jusnavegandi.com.br](http://www.jusnavegandi.com.br)>. Acesso em: 14 nov. 2005.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Da obrigatoriedade da modalidade pregão e da preferência ao pregão eletrônico. Pregão em destaque – 628/137/jul. 2005. Disponível em: <[www.zenite.com.br](http://www.zenite.com.br)>. Acesso em: 14 nov. 2005.

NÓBREGA, Airton Rocha. Licitação na modalidade pregão. Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br>>. Acesso em: 20 jun. 2005.

\_\_\_\_\_. Responsabilidades e atuação do pregoeiro. Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br>>. Acesso em: 20 jun. 2005.

PALMIERI, Marcelo Rodrigues. Licitação na modalidade pregão. Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br>>. Acesso em: 27 jun. 2005.

\_\_\_\_\_. O pregão: aspectos práticos. Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br>>. Acesso em: 27 jun. 2005.

PEIXOTO, Geones Miguel Ledesma. Enfim, a constitucionalidade do pregão. Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br>>. Acesso em: 20 jun. 2005.

PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura. Modalidades de licitação: da concorrência ao pregão. A inversão do procedimento licitatório de habilitação e julgamento e a polêmica Medida Provisória nº 2.026/2000. Disponível em: <[www.jusnavegandi.com.br](http://www.jusnavegandi.com.br)>. Acesso em: 14 nov. 2005.

PEREIRA JR., Jessé Torres. Repercussões da Emenda Constitucional nº 19 sobre o regime jurídico das licitações. Disponível em: <[www.zenite.com.br](http://www.zenite.com.br)>. Acesso em: 11 nov. 2005.

\_\_\_\_\_. Pregão, a sexta modalidade de licitação. Doutrina/Parecer – 638/78/ago. 2000. Disponível em: <[www.zenite.com.br](http://www.zenite.com.br)>. Acesso em: 11 nov. 2005.

\_\_\_\_\_. Publicidade nas licitações. Doutrina/Parecer – 121/48/fev. 1998. Disponível em: <[www.zenite.com.br](http://www.zenite.com.br)>. Acesso em: 11 nov. 2005.

REIS, Paulo Sérgio de Monteiro. A nova regulamentação do pregão eletrônico. Disponível em: <[www.zenite.com.br](http://www.zenite.com.br)>. Acesso em: 14 nov. 2005.

\_\_\_\_\_. Pregão eletrônico – União – considerações sobre a exigência de que somente possam participar do certame licitantes cadastrados. Disponível em: <[www.zenite.com.br](http://www.zenite.com.br)>. Acesso em: 14 nov. 2005.

SILVA, Gustavo Pamplona. Os cartéis, a licitação e a teoria dos jogos. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 5, n. 50, abr. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1980>>. Acesso em: 14 nov. 2005.

SOUTO, Marcos Jurruena Villela. O novo marco jurídico das licitações. Disponível em: <[www.zenite.com.br](http://www.zenite.com.br)>. Acesso em: 29 jun. 2005.

SZKLAROWSKY, Leon Fredja. Aspectos polêmicos do pregão. Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br>>. Acesso em: 20 jun. 2005.

\_\_\_\_\_. Aspectos polêmicos do pregão. Disponível em: <[www.jusnavegandi.com.br](http://www.jusnavegandi.com.br)>. Acesso em: 20 jun. 2005.

\_\_\_\_\_. A improbidade administrativa e a lei de licitações e contratos administrativos. Disponível em: <[www.jusnavegandi.com.br](http://www.jusnavegandi.com.br)>. Acesso em: 14 nov. 2005.

\_\_\_\_\_. Anteprojeto da nova lei de licitações: alterações e sugestões. Disponível em: <[www.jusnavegandi.com.br](http://www.jusnavegandi.com.br)>. Acesso em: 14 nov. 2005.