

**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP**  
**Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Público,**  
**com ênfase na advocacia pública**

**JOAQUIM FRANCISCO NUNES BANDEIRA**

**OBRIGATORIEDADE DO PREGÃO**

**Brasília – DF**

**2008**

**JOAQUIM FRANCISCO NUNES BANDEIRA**

## **OBRIGATORIEDADE DO PREGÃO**

Monografia apresentada à Banca examinadora do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, como exigência parcial para a obtenção do certificado de conclusão do curso de Direito Público, com ênfase na advocacia pública, ministrado nos anos de 2006 e 2007, aos membros da Procuradoria Geral do Distrito Federal.

**Brasília - DF**

2008

JOAQUIM FRANCISCO NUNES BANDEIRA

## OBRIGATORIEDADE DO PREGÃO

Monografia apresentada à Banca examinadora do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, como exigência parcial para a obtenção do certificado de conclusão do curso de Direito Público, com ênfase na advocacia pública, ministrado nos anos de 2006 e 2007.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_, com menção \_\_\_ (\_\_\_\_\_).

Banca Examinadora:

---

Presidente: Prof.

---

Integrante: Prof.

---

Integrante: Prof.

*O princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve não-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito Brasileiro.*

*Celso Antônio Bandeira de Mello*

## RESUMO

BANDEIRA, Joaquim Francisco Nunes. **Da obrigatoriedade do Pregão**. 2008. Monografia apresentada à Banca examinadora do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, como exigência parcial para a obtenção do certificado de conclusão do curso de Pós Graduação *Lato Sensu* em Direito Público, com ênfase na advocacia pública, ministrado nos anos de 2006 e 2007, Brasília-DF, 2008.

Monografia sobre a instituição da modalidade licitatória intitulada pregão no Brasil. Demonstração, à vista dos princípios constitucionais que informam a atividade administrativa, em especial os princípios da eficiência, da economicidade e da publicidade e diante da transparência e da economia de tempo e de recursos que proporciona, de ser obrigatória a utilização da nova modalidade, em todos os níveis de governo, federal, estaduais e municipais, nas administrações direta e indireta, independentemente da existência de comandos legais ou infralegais determinantes desta postura. Igualmente, diante dos mesmos princípios constitucionais e pelas mesmas razões, afigura-se imperativa a preferência pelo pregão eletrônico, em vez do presencial, salvo justificativas plausíveis que demonstrem a sua inaplicabilidade no caso concreto.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>08</b>
<b>Capítulo 1 – Princípios aplicáveis à licitação .....</b>	<b>13</b>
1.1 Princípios Básicos .....	14
1.2 Princípios Correlatos .....	18
<b>Capítulo 2 – Modalidades licitatórias tradicionais.....</b>	<b>20</b>
2.1 Concorrência .....	20
2.2 Tomada de Preços.....	21
2.3 Convite.....	21
2.4 Concurso.....	22
2.5 Leilão.....	22
<b>Capítulo 3 – Do Pregão.....</b>	<b>23</b>
3.1 Histórico .....	23
3.2 Características do pregão.....	24
3.3 Modalidades de Pregão.....	26
3.3.1 Pregão presencial .....	27
3.3.2 Pregão eletrônico .....	30
3.4 Vantagens do Pregão .....	33
<b>Capítulo 4 – Obrigatoriedade do Pregão.....</b>	<b>36</b>
4.1 Considerações iniciais.....	36
4.2 Da incidência restrita de normas infralegais que impõem a obrigatoriedade do pregão.....	40

4.3 Da obrigatoriedade do pregão decorrente dos princípios da eficiência, da economicidade e da publicidade.....	44
4.4 Da preferência do pregão eletrônico frente ao pregão presencial.....	49
4.5 Algumas justificativas para a não utilização do pregão.....	52
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>54</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>58</b>

## INTRODUÇÃO

Diversamente do que ocorre no setor privado, na Administração Pública não existe maior liberdade de atuação, estando o gestor público jungido a um regime jurídico-administrativo que, conquanto de alguma forma restrinja a atividade administrativa, o que, até certo ponto, pode ser considerado negativo, constitui formalidade necessária para a consecução dos misteres estatais, a satisfação do interesse público e, enfim, o atingimento do bem comum, objetivo único de qualquer Estado que pretende, cada vez mais, afirmar-se como estado democrático de direito, como é o caso do Estado brasileiro.

Conforme afirma CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO<sup>1</sup>, todo o sistema de Direito Administrativo se constrói sobre os princípios da supremacia do interesse público sobre o interesse particular e da indisponibilidade, pela Administração, do interesse público, resultando daí o fundamento primeiro para o Direito Administrativo e, por conseguinte, para a série de caminhos, normas, formalidades e procedimentos a que o gestor público está adstrito.

Sendo a atividade administrativa o meio pelo qual o Estado persegue a realização das suas finalidades de interesse público, ganha relevo, no regime jurídico-administrativo, o princípio da legalidade, que, ensina LUCAS ROCHA FURTADO<sup>2</sup>, é a principal nota distintiva em relação ao atuar privado, eis que, enquanto na esfera privada, com base no que dispõe o art. 5º, II, da Constituição Federal, “ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, valendo dizer, pois, que o particular é livre para praticar qualquer ato ou desenvolver qualquer contrato, desde que a lei não proíba, o gestor público, ao contrário, somente pode fazer aquilo que a lei lhe autoriza, nas exatas forma e medida dessa autorização.

Para realizar os seus intentos, a Administração Pública tanto pode servir-se da própria estrutura de que dispõe, ou seja, de seus próprios órgãos, materiais,

---

<sup>1</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 48.

<sup>2</sup> FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitação e Contratos Administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 22.

equipamentos servidores etc., como, também, pode recorrer a outros entes estatais e paraestatais ou mesmo à iniciativa privada. No primeiro caso, estará procedendo à execução direta do serviço; no segundo, à execução indireta, quando, então, deverá valer-se da via dos contratos, convênios e quejandos.

Mas a Administração Pública não pode contratar livremente, pois, estando submetida aos princípios constitucionais, em especial ao princípio da legalidade, o seu atuar somente se legitima se ocorrer nos estritos limites da autorização constitucional e legal. Assim, entre a verificação da necessidade de contratar e a celebração do contrato, deve a Administração Pública realizar a licitação, que vem a ser o processo estabelecido pela ordem jurídica nacional para a seleção do contratado como meio de realizar os princípios maiores da igualdade de todos para contratar com a Administração pública e, também, conforme adverte ODETE MEDAUAR<sup>3</sup>, de preservar a moralidade administrativa.

A licitação, pois, apresenta-se, de regra, como meio para o atuar administrativo, ou, melhor dizendo, para que a Administração possa servir-se do concurso do particular para a realização dos seus misteres, via contrato administrativo. A licitação é meio, contendo as regras e procedimentos necessários para a celebração de um futuro contrato administrativo, regras e procedimentos esses inafastáveis, eis que decorrentes da imposição estatuída no art. 37, XXI, da Constituição Federal, consubstanciadora do princípio da licitação obrigatória.

Além do art. 37, XXI, da Constituição Federal, relativo a obras, serviços, compras e alienações, está o princípio da licitação obrigatória positivado no art. 175, que exige licitação, também, para a concessão e permissão de serviço público.

Prevê, ainda, a Constituição Federal, no art. 22, XXVII, a competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as Administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais das diversas esferas de governo. No caso das empresas públicas e sociedades de economia mista, o preceito aplicável é o do art. 173, § 1º, III, que, segundo ali estatuído, poderão contar com um estatuto próprio de licitações e contratos.

---

<sup>3</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 179.

Sendo da União a competência para fixar normas gerais de licitação e contratos, podem os Estados, o Distrito Federal e os Municípios legislar sobre normas específicas. Contudo, o que na prática se verifica, tendo em vista, sobretudo, a dificuldade de se separar o que sejam normas gerais e normas específicas, é que referidos entes, no mais das vezes, deixam de editar lei específica, pautando suas licitações pelas leis editadas pela União.

A Lei n. 8.666, de 21.06.1993, regulamenta o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública. É a chamada Lei de Licitações e Contratos, ou Estatuto Licitatório, de incidência obrigatória para Estados, Distrito Federal, Municípios e entes da Administração indireta, conforme estabelecido no seu art. 118.

Além da Lei n. 8.666/93, merecem referência a Lei n. 8.987, de 13.02.1995, que disciplina as concessões e permissões de serviço público, regulamentando, assim, o art. 175 da Constituição Federal e, principalmente, por constituir o objeto do presente estudo, a Lei n. 10.520, de 17.02.2002, que instituiu a modalidade **pregão** no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Ao lado das já conhecidas modalidades licitatórias previstas na Lei n. 8.666/93 (concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão), portanto, surge, com o advento da Lei n. 10.520/2002, o pregão (presencial e eletrônico), modalidade inovadora, sem limite de valor, de procedimento assaz simplificado, podendo ser feito, inclusive, via internet (pregão eletrônico), reservada à contratação de bens e serviços comuns.

Concebido inicialmente como uma faculdade posta à disposição do Administrador público, conforme estabelecido na própria lei instituidora (art. 1º), o fato é que o pregão, pelas suas peculiares características, tem permitido à Administração consideráveis ganhos em termos de celeridade e economia, sendo, hoje, à vista dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, em especial os princípios da eficiência e da economicidade, mais que uma faculdade, um verdadeiro dever do gestor público a sua adoção na compra de bens e serviços comuns, salvo justificativa plausível da impossibilidade de sua utilização. Principalmente o pregão eletrônico, ao qual, além da celeridade e economia

presentes no pregão presencial, adere-se, conforme demonstrado na seqüência do presente estudo, um enorme ganho em termos de transparência na sua execução, a acarretar, como fundamento adicional da sua preferência, o princípio da publicidade, tão caro ao nosso legislador constituinte e tão essencial no regime jurídico-administrativo.

O pregão presencial, portanto, deve ser preferido pelo administrador público em relação às demais modalidades licitatórias previstas na Lei n. 8.666/93 no caso de aquisição de bens e serviços comuns, pois assim se estará dando melhor concreção aos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade, e o pregão eletrônico deverá ser preferido em relação ao pregão presencial, pois, além dos princípios da eficiência e da economicidade, satisfaz, com maior eficácia, ao princípio constitucional da publicidade.

A confirmar a verdade dessa assertiva, observe-se que diversos entes têm instituído a obrigatoriedade do pregão, principalmente o eletrônico, via decreto, fazendo, assim, com que os órgãos e servidores aos quais se vinculam os seus prolores adotem, sempre, essa modalidade licitatória, salvo justificativa suficiente da impossibilidade de assim proceder. É o caso, *v. g.*, da União, que assim o fez por meio dos Decretos nºs. 5.450 e 5.504, ambos de 2005. O Estado de São Paulo, por meio do Decreto nº. 51.469/2007 e o Estado do Rio de Janeiro, pelo Decreto nº. 40.497/2007, seguiram o exemplo do Governo Federal. Já o Distrito federal foi mais além, incorporando, nos termos do art. 7º do seu Decreto nº. 25.966/2005, o inteiro teor do Decreto federal n. 5.450/2005 ao seu corpo legislativo.

Tratam-se, bem se vê, de iniciativas louváveis, que somente vêm confirmar que o pregão, atualmente, não pode deixar de ser usado quando possível fazê-lo sem maiores ônus para a Administração pública, ou seja, sem custos superiores aos benefícios dele advindos. Contudo, há de se ter em conta que o que obriga a utilização do pregão não é apenas a edição de decretos ou mesmo de leis locais impondo-o como modalidade preferencial, mas, sim, como já referido, a própria Constituição Federal, com a força cogente dos seus princípios, em especial os princípios da economicidade e da eficiência, no caso do pregão presencial, e estes, mais o princípio da publicidade, no caso do pregão eletrônico.

Ademais, a incidência desses decretos, conforme será demonstrado, é restrita ao âmbito da administração direta do poder Executivo de onde promanam, pois são editados com fundamento no poder hierárquico e não no poder regulamentar, não subordinando, portanto, os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário nem as entidades da administração indireta.

Dispomo-nos, portanto, no presente trabalho, a desenvolver essa linha de raciocínio, para, ao final, demonstrar, diante da força normativa da Constituição Federal e à vista da disciplina que decorre dos seus princípios, que o pregão, em especial o pregão eletrônico, é, hoje, a modalidade licitatória mais adequada para a seleção das pessoas que querem contratar com a Administração Pública o fornecimento de bens e serviços comuns, sendo, por conseguinte, obrigatória a sua utilização nestes casos, independentemente da existência de comandos legais ou infralegais que o elejam como modalidade preferencial ou, mesmo, obrigatória.

## Capítulo 1

### PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À LICITAÇÃO

A licitação possui um regramento particular, específico em relação ao conteúdo geral do Direito Administrativo, com fundamentos próprios que quase que lhe dão uma autonomia frente àquele. Assim, é a licitação norteadas por princípios gerais do direito, alguns comuns ao Direito Administrativo em geral, outros circunscritos à licitação; alguns expressos em lei e na Constituição Federal, outros implícitos no sistema legal que contém o seu ordenamento jurídico.

É de suma importância, para os operadores do Direito e demais profissionais que trabalham com licitação, o conhecimento e a inteira compreensão do sentido e alcance dos princípios licitatórios, eis que, não raras vezes, a verificação da validade ou invalidade de atos e procedimentos de uma licitação é levada a efeito com base neles.

E nem é de se estranhar que assim o seja, pois os princípios, como é cediço, são os postulados fundamentais de qualquer ramo do direito onde estejam inseridos, daí a feliz observação de CRETELLA JÚNIOR<sup>4</sup> de que não se pode encontrar qualquer instituto do Direito Administrativo que não seja informado pelos respectivos princípios.

E a importância dos princípios jurídicos não poderia encontrar melhor síntese do que a feita por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, nessas felizes palavras:

Violar um princípio é mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegitimidade porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> “*Dicionário de Direito Administrativo*”, p. 415 apud CARVALHO FO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 15.

<sup>5</sup> Id. **Licitação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 46.

Daí a necessidade de se examinar, no presente trabalho, ainda que perfunctoriamente, os princípios gerais de direito atinentes à licitação, aqui divididos em princípios básicos, quais sejam aqueles norteadores do procedimento licitatório propriamente dito, previstos no art. 3º do Estatuto Licitatório, e os princípios correlatos, que, conquanto não tenham sido expressamente mencionados na referida norma, foram adotados em sua parte final, tendo a ver com aqueles que, de alguma maneira, guardam conexão com os primeiros.

## **1.1 Princípios Básicos**

### **Princípio da Legalidade**

É o princípio básico de toda e qualquer atividade administrativa, sendo, pois, de fundamental importância, também, para a licitação. Significa que o administrador está jungido ao que a lei dispõe, não lhe sendo lícito atuar conforme a sua vontade pessoal. A vontade da Administração Pública é a vontade da lei, pois é esta, a lei, o instrumento de expressão da vontade popular, que é o que, em última instância, visa a atividade administrativa a satisfazer. Assim, conforme a visão tradicional do princípio, não é dado ao administrador público a prática de qualquer ato ou o exercício de qualquer atividade salvo expressa autorização legal.

É certo, contudo, que a submissão ao princípio da legalidade não pode conduzir ao extremo de prejudicar o regular funcionamento da Administração, com a adoção de formalismos exagerados decorrentes da rigorosa e literal interpretação da lei. O que se exige é a observância da lei na sua inteireza, ou seja, do sistema normativo como um todo, incluindo os outros princípios gerais aplicáveis à Administração Pública, pois somente assim se estará atingindo o fim último do Estado, que é a satisfação do interesse público.

Especificamente no que concerne às licitações, a exigência de lei é expressa, conforme exsurge dos arts. 37, XXI e 173, § 1º, ambos da Constituição Federal.

Nesse intuito é que foi editada a Lei n. 8.666/93, que define as modalidades licitatórias tradicionais – concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão -

e os seus procedimentos, vedando a criação de modalidade diversa e a combinação entre elas para a criação de uma nova modalidade. A criação de uma nova modalidade, portanto, somente pode ser feita por meio de lei, como se deu com o pregão, cuja instituição se deu por meio da Lei n. 10.520/2002.

Também se exige, à vista do princípio da legalidade, além da observância das modalidades legalmente previstas, que se escolha, dentre elas, a adequada ao objeto que se pretende contratar; a clareza quanto aos critérios de seleção do contratado, que devem ser objetivamente definidos; a observância do procedimento previsto para a modalidade eleita; a verificação da capacidade de contratar com a administração, traduzida nos requisitos de habilitação estabelecidos na lei; a abstenção da realização da licitação somente nas hipóteses expressamente previstas – dispensa e inexigibilidade –, que devem ter interpretação restrita etc.

## **Princípio da Impessoalidade**

Segundo esse princípio, os atos do processo licitatório devem ser praticados sem a interferência de fatores de ordem subjetiva ou pessoal, seja para favorecer, seja para prejudicar. Visa a Constituição Federal, com a consagração desse princípio, impedir atuações movidas por antipatias, simpatias, vingança, represálias, nepotismo, enfim, qualquer espécie de favorecimento ou perseguição, infelizmente ainda comum na Administração Pública brasileira, especialmente em concursos públicos e licitações.

ODETE MEDAUAR sintetiza as diversas interpretações da doutrina brasileira acerca do princípio em apreço:

O princípio da impessoalidade recebe várias interpretações da doutrina brasileira. Para José Afonso da Silva, “os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário... Por conseguinte, o administrado não se confronta com o funcionário ‘x’ ou ‘y’ que expediu o ato, mas com a entidade cuja vontade foi manifestada por ele” (Curso de direito constitucional positivo, 1992, p. 570). Helly Lopes Meirelles associou a impessoalidade ao princípio da finalidade, que significa o atendimento do interesse público: “O administrador fica impedido de buscar outro objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros” (Direito administrativo brasileiro, 1990, p. 81). No entender de Celso Antônio Bandeira de Mello,

impessoalidade “traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimntosas... O princípio em causa não é senão o próprio princípio da legalidade ou isonomia” (Elementos de direito administrativo, 1992, p. 60).<sup>6</sup>

## **Princípio da moralidade ou Probidade**

Além da prática de atos conformes com a lei, deve, também, o administrador público, atuar de modo a não ofender a ética e a moral, pois ambas, moralidade e legalidade, são complementares, de modo que uma conduta, embora compatível com a lei, será passível de invalidação caso não se coadune, igualmente, com a moral.

Conforme ensina LUCAS ROCHA FURTADO<sup>7</sup>, a moralidade vincula tanto a conduta do administrador quanto a dos particulares, como quando, por exemplo, impede a realização de conluio entre os licitantes ou a contratação de empresas de parentes dos administradores, ainda quando se trate de hipótese de contratação direta prevista em lei.

Ainda segundo o referido autor, não obstante a lei descreva algumas situações que importam em violação da moralidade administrativa, não se deve restringir a moralidade à legalidade. Ou seja, qualquer outra situação, ainda que não descrita em lei, mas que importe em violação do dever de probidade imposto aos servidores públicos, deve ser rejeitada por ser incompatível com o ordenamento jurídico<sup>8</sup>.

## **Princípio da Igualdade**

Positivado no art. 5º da Constituição como princípio geral do direito e no art. 37, *caput*, como princípio geral do direito administrativo, o princípio da igualdade encontra regramento específico pertinente à licitação no inciso XXI do mesmo art.

---

<sup>6</sup> *Id. ibid.* p. 125.

<sup>7</sup> *Id. ibid.* p. 39.

<sup>8</sup> *Id. ibid.* p. 40.

37, que estabelece que o procedimento administrativo deverá assegurar a igualdade de condições entre todos os licitantes.

Significa que todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições, sem que se ofereça a nenhum qualquer vantagem que não seja extensível aos demais.

Ligado aos princípios da impessoalidade e da competitividade, está especificado em diversas passagens da Lei n. 8.666/93, em dispositivos que vedam, por exemplo, a inclusão, em editais e cartas-convites, de condições que restrinjam o caráter competitivo do certame e estabeleçam distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes e proíbem o tratamento diferenciado entre empresas brasileiras e estrangeiras (art. 3º, §, 1º, incisos I e II).

## **Princípio da Publicidade**

Significa que a licitação deve ser objeto de divulgação prévia e a mais ampla possível, possibilitando, assim, que a ela acorra o maior número possível de eventuais interessados. Resguarda-se, assim, além do próprio princípio da publicidade, também o princípio da competitividade, pois, quanto maior o número de licitantes, maior a probabilidade de a Administração conseguir selecionar a proposta mais vantajosa.

Diversas são as passagens da Lei n. 8.666/93 que consagram o princípio da publicidade, como, por exemplo, no art. 21, ao exigir a publicação de avisos contendo os resumos dos editais; no art. 39, ao estabelecer a necessidade de audiência pública para licitações de grande vulto e no § 4º do art. 23, ao permitir a utilização de procedimento licitatório que exija maior publicidade, mesmo que o objeto, a princípio, satisfaça-se com modalidade de menor divulgação.

## **Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório**

É princípio que atinge a todos, administrador e administrados. Estabelecidas as regras no edital ou na carta-convite, a sua inobservância torna inválido o procedimento, possibilitando, destarte, sua correção, administrativa ou judicialmente.

Evita-se, assim, a alteração de condições de habilitação e de critérios de julgamento após a deflagração do certame, além de obstar a ocorrência de julgamentos subjetivos, garantindo os interessados quanto ao que pretende a Administração e possibilitando-lhes, por conseguinte, o planejamento da sua participação na disputa.

Está positivado nos arts. 41 e 48, inciso I, da Lei n. 8.666/93.

## **Princípio do Julgamento Objetivo**

Tem intrínseca ligação com o princípio da vinculação ao edital e com o princípio da impessoalidade. Por ele, o edital deve prever critérios e condições de seleção das propostas de maneira objetiva, de maneira a afastar qualquer possibilidade de surpresa para os licitantes, bem como de se evitar, no julgamento das propostas, a utilização de considerações pessoais, não aferíveis de maneira objetiva. Está sediado no *caput* do art. 45 da Lei n. 8.666/93.

### **1.2 Princípios Correlatos**

Como dito, além dos princípios básicos, que estão expressos na Lei n. 8.666/93, outros princípios são enunciados na doutrina<sup>9</sup>, em conexão com aqueles.

É o caso, por exemplo, do **princípio da competitividade**, correlato ao da igualdade, que significa a proibição de a Administração adotar medidas ou criar regras que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação. Ou seja, devem as regras da licitação ser estabelecidas de maneira a possibilitar a

---

<sup>9</sup> José dos Santos carvalho Filho, *Ibid.*, p. 210.

disputa e o confronto entre os licitantes, para que a seleção se faça da melhor maneira possível.

O **princípio da inalterabilidade do edital** seria outro destes princípios, também correlato ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Citem-se, ainda, o **princípio do sigilo das propostas**, conexo com o da moralidade e da igualdade; o **princípio do formalismo procedimental**; o **princípio da vedação à oferta de vantagens** e o **princípio da obrigatoriedade da licitação**.

Há de se ter em conta, ainda, os princípios da **eficiência** e da **economicidade**, que, conquanto não inseridos no rol do art. 3º da Lei n. 8.666/93, são princípios dotados de *status* constitucional, aos quais o administrador público está jungido na realização de licitações e de quaisquer outras atividades administrativas capazes de acarretar dispêndios de recursos públicos. Tratam-se de princípios importantíssimos e que constituem o fundamento nuclear da tese desenvolvida no presente trabalho, sendo, por uma questão didática, melhor abordados no item 4.3, infra.

## Capítulo 2

### MODALIDADE LICITATÓRIAS TRADICIONAIS

O Estatuto Licitatório (Lei n. 8.666/93), prevê a existência de diversas modalidades licitatórias, à escolha do administrador, conforme critérios de preço e características do objeto. Falar em licitação, portanto, é falar em gênero, do qual são espécies as diversas modalidades de que a seguir cuidaremos.

A Lei n. 8.666/93 veda a criação de outras modalidades licitatórias, bem como a combinação das modalidades por ela arroladas no intuito de se criar uma modalidade diversa (art. 22, § 8º). Contudo, tal proibição, decorrente de lei ordinária, por óbvio, não obsta a que o próprio legislador ordinário crie novas modalidades licitatórias, como ocorreu com o pregão, criado pela Medida Provisória n. 2.026/2000, convertida na Lei n. 10.520/2002.

Passemos a seguir a, de maneira assaz sintética, descrever as diversas modalidades licitatórias, ditas tradicionais, assim compreendidas as estabelecidas na Lei n. 8.666/93.

#### 2.1 Concorrência

Dentre as modalidades tradicionais, previstas na Lei n. 8.666/93, é a de mais ampla competição, por permitir a participação de quaisquer interessados que comprovem, na fase própria (a habilitação), possuir os requisitos de qualificação exigidos no edital (art. 22, § 1º).

É destinada, normalmente, para contratos de grande valor, para a alienação de bens imóveis (art. 17, I) e para as licitações internacionais. A alienação de bens imóveis pode, também, ser feita por meio de leilão, conforme o art. 19 do Estatuto. Também os contratos de grande vulto, tratando-se de bens ou serviços comuns, podem ser selecionados via pregão, conforme a Lei n. 10.520/2002. Aliás, neste caso, de contratos de grande vulto que envolvam bens ou serviços comuns, a

modalidade eleita não somente poderá, mas, antes, deverá ser o pregão, conforme nos propomos a demonstrar no presente trabalho.

A concorrência é utilizada para contratos de grande valor (acima de R\$ 1.500.000,00, para obras e serviços de engenharia, e acima de R\$ 650.000,00, para compras e serviços que não os de engenharia).

## **2.2 Tomada de Preços**

Modalidade de competitividade intermediária, permite a participação de interessados previamente cadastrados ou que, até três dias antes da data estabelecida para o recebimento das propostas, preencham todas as condições exigidas para o cadastramento (art. 22, § 2º, do Estatuto).

É utilizada para contratos de valor médio (até R\$ 1.500.000,00, para obras e serviços de engenharia, e até R\$ 650.000,00, para compras e serviços que não os de engenharia).

## **2.3 Convite**

É a modalidade de competição mais restrita. Dela participam os interessados do ramo pertinente ao objeto do futuro contrato, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de três.

O instrumento convocatório, denominado carta-convite, deverá ser afixado em local apropriado da repartição interessada, que deverá estendê-lo aos demais cadastrados na especialidade que manifestem interesse em participar do certame até vinte e quatro horas antes do prazo final para apresentação das propostas.

É utilizado para contratos de pequeno valor (até R\$ 150.000,00, para obras e serviços de engenharia, e até R\$ 80.000,00, para compras e outros serviços que não os de engenharia).

## **2.4 Concurso**

Destinado à seleção de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores. O edital deve ser publicado com antecedência mínima de 45 dias. Deve ser precedido de regulamento próprio. O julgamento é feito por uma comissão especial, composta por pessoas de reputação ilibada e com reconhecido conhecimento da matéria objeto do concurso, podendo ser servidores públicos ou não.

## **2.5 Leilão**

Destinado à venda de bens móveis inservíveis para a Administração, de produtos legalmente apreendidos ou penhorados ou para a alienação de bens imóveis cuja aquisição tenha decorrido de procedimento judicial ou de dação em pagamento. Pode ser feito por leiloeiro oficial ou por servidor designado pela Administração. O edital deve ser publicado com a antecedência mínima de quinze dias da sua realização. Os bens devem ser previamente avaliados pela Administração, que fixará o preço mínimo de arrematação.

## Capítulo 3

### DO PREGÃO

#### 3.1 Histórico

O pregão foi criado, originariamente, pela Lei n. 9.472/97, para utilização restrita pela Anatel – Agência Nacional de Telecomunicações. Demonstrado o sucesso da experiência, veio a lume a Medida Provisória n. 2.026, de 4.5.2000, estendendo-o para toda a Administração Pública Federal. Essa Medida Provisória foi sucedida pelas de n. 2.108 e 2.182, sendo esta última, enfim, convertida na Lei n. 10.520, de 17.7.2002, já agora para utilização no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Estabelece a Lei n. 10.520/2002 a necessidade de regulamentação do pregão no âmbito de cada ente federado. Assim, no âmbito da União, vige o Decreto n. 3.555/2000, editado ainda na vigência da Medida Provisória n. 2.026/2000, devendo Estados, Distrito Federal e Municípios editarem, cada qual, o seu regulamento para a nova modalidade licitatória.

Alguns autores criticam, com veemência, a restrição inicial do pregão ao âmbito da União, como faz José dos Santos Carvalho Filho<sup>10</sup>. Realmente, do ponto de vista administrativo, conforme assevera o autor referido, a restrição não se justificava. É de se ter em vista, contudo, que a novel modalidade estava, ainda, em fase de teste, o que justificava a restrição. Ademais, lembra Jorge Ulisses Jacoby Fernandes<sup>11</sup>, com a sua costumeira argúcia, que o tema licitações e contratos, tendo sido objeto de emenda constitucional, não poderia ser regulamentado para todas as esferas de governo. Não, pelo menos, por meio de Medida Provisória, como feito inicialmente, eis que o art. 246 da Constituição Federal, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001, estabelece que “É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive.”

---

<sup>10</sup> *Id. ibid.*, p. 253.

<sup>11</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta sem Licitação**. 7ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 118.

Conforme já referido na introdução ao presente trabalho, diversos entes já editaram os seus regulamentos, sendo que outros, em vez de assim proceder, preferiram adotar, no seu âmbito, o regulamento federal disciplinado pelo Decreto n. 3.555/2000, como é o caso, *v.g.*, do Distrito Federal, que fê-lo por força do art. 7º do seu Decreto n. 25.966/2005. Embora seja de se estranhar, trata-se de medida perfeitamente legítima, conforme assevera Lucas Rocha Furtado<sup>12</sup>, para quem nada obsta que governadores e prefeitos adotem como modelo ou padrão o decreto federal, podendo, inclusive, aprovar decreto que simplesmente afirme a aplicação, em seu território, das regras contidas no decreto federal.

### 3.2 Características do pregão

Destinado à aquisição, entre quaisquer interessados, de bens e serviços comuns, sem limite de valor, constitui modalidade licitatória inovadora, estabelecida, inicialmente, apenas no âmbito da União, por meio da Medida Provisória n. 2.026 e 2.182, depois estendida a Estados, Distrito Federal e Municípios pela Lei n. 10.520/2002 (lei de conversão da referida medida provisória).

Como bens e serviços comuns, define a Lei n. 10.520/2002, no parágrafo único do seu art. 1º, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado. Criticando a definição legal, que acoima de imprecisa, MARÇAL JUSTEN FILHO<sup>13</sup> consigna que bem ou serviço comum é aquele disponível no mercado, de configuração padronizada (por instituições ou pelo próprio mercado), cuja contratação pode ser feita sem maior indagação sobre a idoneidade do licitante ou suas características objetivas. Trata-se, segundo o autor referido, de conceito indeterminado, podendo, assim, os bens e serviços comuns ser reunidos em três conjuntos: a) os bens e serviços que, indubitavelmente, são comuns, como é o caso do açúcar refinado; b) os bens e serviços que, sem margem de dúvida, não são comuns, de que é exemplo o serviço de advocacia e c) os bens e serviços cuja

---

<sup>12</sup> *Id. ibid.* p. 358.

<sup>13</sup> JUSTEN Fo, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 331.

configuração é incerta, havendo, quanto a eles, dificuldade hermenêutica. Propõe que, sendo a dúvida insuperável, repute-se que o bem ou serviço não é comum.

Na esfera federal, o Decreto n. 3.555, de 8/8/2000, relaciona os bens e serviços comuns, em lista que a doutrina, acertadamente, considera meramente exemplificativa. Observa José dos Santos Carvalho Filho<sup>14</sup>, acerca dessa relação, que praticamente todos os bens e serviços foram considerados comuns, significando, pois, que o pregão deverá ser adotado em larga escala. Estão fora dessa modalidade, basicamente, as obras e os bens e serviços não qualificáveis como comuns.

Duas são as modalidades de pregão: **o presencial e o eletrônico**. Caracteriza-se o primeiro pela existência de uma sessão pública na sede da repartição interessada, a exigir a presença física dos interessados. O pregão eletrônico, por sua vez, é realizado com a utilização da internet, sendo as propostas e demais manifestações dos interessados remetidas por meio eletrônico. As diferenças entre ambas as modalidades, portanto, são de grande monta.

Há, em ambas as modalidades, uma dissociação entre propostas e lances, sendo aquela constitutiva de uma fase inicial da disputa, que é enviada por escrito (ou por meio eletrônico, no caso do pregão eletrônico), passando-se, a seguir, a uma fase posterior, de lances, verbais ou eletrônicos, em que a competição se acirra, pois permite-se aos interessados irem reduzindo os valores anteriormente apresentados, saindo vencedora a proposta de menor valor.

Nesse ponto, apresenta o pregão eletrônico uma diferença substancial em relação ao presencial: enquanto que, no pregão presencial, somente o autor da menor proposta e os demais que houverem formulado propostas de valor até dez por cento superior poderão participar da fase de lances, no pregão eletrônico essa fase é aberta a todos os interessados.

Importante destacar, ainda, no pregão, a inversão das etapas, de maneira que o exame dos documentos comprobatórios da idoneidade dos licitantes (relativa à habilitação das demais modalidades previstas na Lei n. 8.666/93) faz-se depois de

---

<sup>14</sup> *Id. ibid.* p. 255.

encerrada a etapa competitiva, restringindo-se ao vencedor. Somente se examinam os documentos do segundo classificado se os documentos do primeiro não tiverem sido satisfatórios, ou seja, se não tiver ele sido habilitado. Trata-se, pois, como se vê, de medida que simplifica, em muito, o procedimento do pregão, o que, aliás, coaduna-se com a própria simplicidade do objeto, que deve ser, como exposto acima, um bem ou serviço comum. É evidente, pois, o ganho de celeridade dessa modalidade licitatória.

Por fim, deve ser ressaltada, ainda, a ausência de qualquer restrição quanto ao valor do contrato, que pode ser de qualquer vulto, bastando, apenas, que o objeto seja comum. Difere, pois, diametralmente, das demais modalidades da Lei n. 8.666/93, que, como visto, devem ser escolhidas de conformidade com a faixa de preços estabelecidas na própria lei.

No lugar de comissão de licitação, há, no pregão, a figura do pregoeiro, a quem incumbe dirigir todos os trabalhos, incluindo o recebimento das propostas e lances; a análise de sua aceitabilidade e classificação; decidir sobre a habilitação do vencedor e proceder à adjudicação do objeto a ele.

Ressai evidenciada, como se vê, desde logo, por essa simples e perfunctória descrição de suas características essenciais, a superioridade do pregão frente às tradicionais formas de licitação no que concerne à celeridade e competitividade, resultando daí, inarredavelmente, o dever de o gestor público dar-lhe preferência na contratação de bens e serviços comuns, sob pena de malferir os princípios constitucionais da eficiência e da economicidade.

### **3.3 Modalidades de pregão**

Duas são as modalidades de pregão existentes: o **pregão presencial** e o **pregão eletrônico**, distinguindo-se, essencialmente, pela necessidade, no primeiro, da presença física dos interessados, em sessão pública previamente designada, a ser realizada na sede da administração responsável, ao passo que o segundo realiza-se por meio da internet, com a participação dos interessados processando-se por meio eletrônico.

Apesar das notáveis diferenças, contudo, é preciso não esquecer que ambos, pregão presencial e pregão eletrônico, são modalidades do gênero pregão, partilhando, pois, das mesmas premissas, objetivos e princípios. Assim, a interpretação das normas atinentes ao pregão eletrônico não devem encerrar contradição em relação ao pregão presencial, sob pena de ferir o caráter sistêmico que quis o legislador imprimir ao gênero pregão.

Feita essa importante ressalva, passemos, a seguir, a destacar os aspectos principais de uma e outra modalidade.

### **3.3.1 Pregão presencial**

É disciplinado pela Lei n. 10.520/2002 e, no âmbito federal e nos demais entes que o tenham incorporado em seu ordenamento jurídico local, pelo Decreto n. 3.555/2000.

O pregão presencial conta com uma fase interna, ou preparatória, disciplinada no art. 3º da Lei n. 10.520/2002, de onde se extrai a necessidade de a Administração Pública:

- justificar a necessidade da contratação;
- definir o objeto do certame, de maneira precisa, suficiente e clara, abstendo-se de especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, possam limitar a competição;
- estabelecer as exigências para a habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com a fixação dos prazos de entrega;
- acostar aos autos a justificativa da definição do objeto e do respectivo orçamento, com os elementos técnicos de que tenha se servido;
- designar o pregoeiro e a respectiva equipe de apoio.

Há de se destacar, ainda, no plano federal, em decorrência do Decreto n. 3.555/2000, a necessidade de elaboração de um termo de referência, que tem por objetivo indicar os elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato. Trata-se, como se vê, de documento muito importante, que irá auxiliar o pregoeiro na tomada de decisões acerca da classificação das propostas.

Diversamente das demais modalidades licitatórias, em que a condução da licitação é atribuída a uma comissão de servidores integrantes da unidade administrativa interessada, no pregão a responsabilidade pela condução do processo é do pregoeiro, a quem compete, monocraticamente, o dever de classificar as propostas, habilitar o licitante a ser contratado, adjudicar-lhe o objeto etc.

Embora conte o pregoeiro com uma equipe de apoio, as decisões a serem tomadas no âmbito do pregão são suas, isoladamente, sendo de sua exclusiva responsabilidade eventuais falhas no procedimento, ainda que tenha se servido do aconselhamento ou do auxílio da equipe de apoio.

Nos termos do art. 9º do Decreto n. 3.555/2000, compete ao pregoeiro: credenciar os licitantes; receber as propostas de preços e os documentos de habilitação; abrir os envelopes contendo as propostas de preços, examiná-las e classificá-las; conduzir os procedimentos relativos aos lances e à escolha da proposta ou do lance de menor valor; adjudicação do objeto ao vencedor; elaboração da ata; chefiar a equipe de apoio; receber os recursos, examiná-los e decidir a seu respeito; encaminhar o processo, devidamente instruído, após a adjudicação, à autoridade competente para homologar e contratar.

A fase externa do pregão presencial conta com os seguintes passos:

- a convocação dos interessados deve ser feita por meio de aviso publicado no diário oficial do respectivo ente federado ou, não existindo este, em jornal de circulação local. Facultativamente, poderá ser feita por meios eletrônicos e, conforme o vulto da licitação, em jornal de grande circulação;

- do edital e do aviso deverão constar, além da definição precisa, suficiente e clara do objeto, a indicação dos locais, dias e horários em que poder ser lida ou obtida a íntegra do edital e o local onde será realizada a sessão pública do pregão;

- o local, a data e o horário da sessão pública deverão ser definidos no edital, impondo-se observar, entre a publicação do aviso do pregão e a sessão pública, prazo não inferior a oito dias úteis;

- no dia, hora e local designados, será realizada a sessão pública para o recebimento das propostas, devendo os licitantes ou seus representantes, antes do seu início, proceder ao seu credenciamento, identificando-se ou apresentando os documentos necessários à prova dos poderes de seus representantes para a formulação de propostas e prática dos demais atos inerentes ao pregão;

- encerrado o credenciamento, será declarada aberta a sessão pública, passando-se, então, ao recebimento das propostas e da documentação de habilitação;

- a seguir, o pregoeiro abrirá os envelopes de propostas e procederá à classificação daquela de menor preço e das que tenham apresentado valores sucessivos e superiores em até dez por cento, relativamente à de menor preço. Se não houver pelo menos três propostas nestas condições, deverá o pregoeiro classificar as melhores propostas subseqüentes à de menor preço, até o máximo de três;

- em seguida, passará o pregoeiro a convidar os licitantes classificados a apresentar lances verbais, iniciando-se pelo autor da proposta de maior preço dentre as classificadas;

- realizadas as rodadas de lances verbais necessárias, e tendo todos os licitantes manifestado a intenção de não mais reduzirem as suas propostas, o pregoeiro encerrará essa fase;

- o pregoeiro, então, passará a negociar com o autor da melhor proposta, verificando a possibilidade de reduzi-la;

- encerrada a etapa competitiva e ordenadas as propostas, passará o pregoeiro ao exame da aceitabilidade da proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e ao valor, decidindo motivadamente a respeito;

- aceita a proposta de menor preço, será aberto o envelope de habilitação do licitante respectivo, para confirmação de suas condições habilitatórias, sendo-lhe, pelo pregoeiro, adjudicado o objeto, caso seja habilitado;

- não sendo classificada a proposta de menor valor, ou não sendo o seu autor habilitado, o pregoeiro deverá examinar as ofertas subseqüentes, na ordem de classificação, até a apuração de uma que atenda às condições do edital, passando, a seguir, ao exame dos documentos de habilitação e adjudicando-o ao seu autor, se for habilitado.

Essas, em apertada síntese, as fases do pregão presencial.

### **3.3.2 Pregão eletrônico**

É disciplinado, também, pela Lei n. 10.520/2002 e, no âmbito federal e nos demais entes que o tenha incorporado ao seu ordenamento jurídico local, pelo Decreto n. 5.450/2005.

Conforme já referido, o pregão presencial revelou-se um importante instrumento para a administração pública na contratação de bens e serviços comuns, principalmente no que concerne aos ganhos de celeridade e de redução de preços. Com o advento do Decreto n. 5.450/2005, passou a Administração a contar com um recurso adicional, qual seja o uso da tecnologia da informação, principalmente a internet, para proceder à contratação dos referidos bens, por meio do chamado pregão eletrônico, com evidentes ganhos, em relação às demais modalidades e mesmo ao pregão eletrônico, de celeridade, competitividade e de redução de custos. Redução de custos esta que abrange não só a Administração, mas também os interessados, que não precisam mais se deslocar até a sede da Administração para apresentar as suas propostas, fazendo-o por meio eletrônico, via internet, de qualquer lugar do país. Há, ainda, notável ganho de transparência, eis

que da tela de seu computador os licitantes podem acompanhar todo o processo do pregão eletrônico.

O referido Decreto n. 5.450/2005, como dito, disciplina o pregão eletrônico no âmbito federal e nos demais entes que o hajam adotado. Em síntese, são os seguintes os passos do pregão eletrônico:

- no âmbito federal, é conduzido pelo órgão ou entidade interessada, com o apoio técnico e operacional da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão;

- a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão é quem credencia o pregoeiro, membros da equipe de apoio e os licitantes;

- o credenciamento é feito pela atribuição de chave de identificação e senha para acesso ao sistema;

- a fase externa se inicia com a publicação do aviso, contendo a definição precisa, suficiente e clara do objeto, os locais, dias e horários em que poderá ser lida ou obtida a íntegra do edital, o endereço eletrônico onde ocorrerá a sessão pública, a data e hora de sua realização e a indicação de que o pregão, na forma eletrônica, será realizado pela internet;

- o prazo para apresentação das propostas deverá constar do aviso do pregão eletrônico, não podendo ser inferior a oito dias úteis;

- divulgado o edital, os interessados deverão encaminhar proposta, com a descrição do objeto, preço e anexos, até a data marcada para abertura da sessão, o que deverá ser feito, exclusivamente, por meio eletrônico;

- no horário previsto no edital, a sessão pública, na internet, será aberta, por comando do pregoeiro, que usará, para tanto, sua chave de acesso e senha. Os licitantes também participarão com a utilização de sua chave e senha. O pregoeiro examinará as propostas encaminhadas, desclassificando, fundamentadamente, as que estiverem em desconformidade com o edital. O próprio sistema eletrônico do pregão ordenará, automaticamente, as propostas classificadas;

- classificadas as propostas, dará o pregoeiro início à fase de lances, que serão encaminhados pelos licitantes, exclusivamente, por meio eletrônico. Poderão ser oferecidos lances sucessivos;

- durante a sessão, todos os licitantes serão informados, em tempo real, do menor lance oferecido, sendo vedada a identificação do seu autor;

- a etapa de lances será encerrada por decisão do pregoeiro, sendo, antes disso, enviado aos licitantes, pelo próprio sistema, aviso de fechamento com prazo de até trinta minutos, findos os quais será automaticamente encerrada a recepção de lances;

- encerrada a sessão, o pregoeiro poderá encaminhar contraproposta ao vencedor, podendo a negociação ser acompanhada pelos demais licitantes;

- encerrada a negociação, o pregoeiro deverá analisar a proposta vencedora quanto à compatibilidade do preço em relação ao estimado para a contratação e verificará a habilitação do vencedor, nos termos do edital;

- se a proposta não for aceitável ou se o licitante não atender às exigências de habilitação, deverá o pregoeiro examinar as propostas subseqüentes, na ordem de classificação, até a apuração de uma que atenda ao edital;

- declarado o vencedor, qualquer licitante poderá, durante a sessão, manifestar a sua intenção de recorrer, o que deverá ser feito imediatamente e de maneira motivada, em campo próprio do sistema, tendo, então, o prazo de três dias para apresentar as razões do recurso. Os demais terão igual prazo para contrarrazões;

- se não houver, durante a sessão, manifestação imediata e motivada do licitante quanto ao direito de recorrer, haverá a decadência desse direito, ficando o pregoeiro autorizado, então, a adjudicar o objeto ao vencedor;

- decididos os recursos, ou não tendo havido a sua interposição, será o objeto adjudicado ao vencedor e, a seguir, homologado o procedimento licitatório pela autoridade competente, sendo, então, o vencedor convocado para assinar o contrato, no prazo definido no edital.

### 3.4 Vantagens do Pregão

Conforme já referido linhas acima, o pregão foi instituído, inicialmente, no âmbito da Anatel, como uma fase de experiência, sendo, posteriormente, estendido a toda a administração direta e indireta da União e, por fim, dado o seu enorme sucesso, a todos os entes federados.

Esse sucesso do pregão, a cada dia mais confirmado, deve-se às enormes vantagens que nele se verifica frente às modalidades licitatórias tradicionais, agilizando o processo licitatório, pondo fim a uma série de entraves burocráticos, acirrando a competição e, com isso, diminuindo o preço final dos contratos de bens e serviços comuns.

Advém tais vantagens das acentuadas diferenças que se verifica no pregão em relação às demais modalidades licitatórias, principalmente a inversão das fases de uma licitação normal, procedendo, primeiro, ao julgamento das propostas e, depois, à verificação das condições de habilitação, já agora restrita ao autor da melhor proposta. Decorre, igualmente, da possibilidade de os licitantes mais bem classificados reduzirem os preços propostos, mediante disputa muitas vezes acirrada na fase de lances.

O pregão eletrônico vai mais além, apresentando, em acréscimo às já citadas vantagens do pregão frente às modalidades tradicionais, vantagens outras, decorrentes do seu processamento, com o uso de recursos da tecnologia da informação, tornando-se mais vantajoso que o próprio pregão presencial. Vejamos:

- mitigação de formalidades e burocracia, diminuindo o uso de papéis e simplificando o procedimento, tanto em relação às demais modalidades quanto em relação ao pregão presencial, pois as propostas e quase todos os atos do procedimento são feitos via internet;

- simplificação dos trabalhos do pregoeiro, pois, no pregão eletrônico, é o sistema que recebe o credenciamento, recebe as propostas e os lances e os ordena, diversamente do pregão presencial, em que a atividade do pregoeiro é deveras múltipla e complexa, cabendo-lhe, praticamente, a condução de todo o processo,

credenciando os licitantes, recebendo propostas e documentos, classificando os licitantes, presidindo a fase de lances verbais etc.;

- aumento da participação de licitantes, pois, com o uso da internet, não há a necessidade de participação física dos licitantes, nem a sua representação, permitindo, assim, sem maiores dificuldades e sem qualquer investimento de maior monta, a participação de licitantes de qualquer lugar do país;

- diminuição dos custos dos licitantes, que, também em razão do uso da internet, embora distantes do lugar onde se processa a licitação, podem dela participar sem quaisquer ônus, não precisando, pelo menos, arcar com os custos de deslocamento e hospedagem para participar da licitação.

Em suma, a grande vantagem do pregão eletrônico em relação ao pregão presencial é o aumento de competitividade e, por conseguinte, o aumento da probabilidade de a Administração obter um contrato mais vantajoso.

Tão consagrador tem sido o reconhecimento do pregão, em especial o eletrônico, que encontra-se em vias de aprovação no Senado Federal o PLC n. 032, de 2007, já aprovado na Câmara dos Deputados (PL n. 7.709, de 2007), que tem o propósito de alterar a Lei n. 8.666/93, adequando-a às novas tecnologias da informação. Na verdade, o que ocorrerá será uma verdadeira aproximação das modalidades tradicionais com os contornos já definidos para o pregão, conforme os seguintes destaques do referido projeto:

- substituição da publicação dos avisos de editais na imprensa oficial pela publicação em sítios eletrônicos oficiais da Administração licitante;

- instituição do Cadastro Nacional de Registro de Preços, a ser disponibilizado às unidades administrativas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

- possibilidade de inversão das fases também nas modalidades tradicionais de licitação, com a abertura, primeiro, dos envelopes contendo as propostas de preços e, somente depois, dos envelopes contendo a documentação.

O fato de a origem dessa iniciativa legislativa ser decorrente do pregão é incontestado, conforme se extrai da seguinte passagem da Exposição de Motivos n. 00272/2006/MP, do Ministério do Planejamento, ao encaminhar o projeto ao Congresso Nacional:

(...)

4. ... visam adequar as licitações e contratações governamentais às novas tecnologias de informações presentes no cenário brasileiro atual, bem como atender aos princípios de transparência, economicidade, competitividade e celeridade das contratações governamentais com vistas a tornar o processo licitatório concomitante com as melhores práticas mundiais.

5. A utilização dos recursos tecnológicos adotados nos procedimentos licitatórios na modalidade Pregão, instituídas pela Lei Federal n. 10.520, de 17 de julho de 2002, resultou em significativa redução do custo operacional e financeiro. (...)

## Capítulo 4

### OBRIGATORIEDADE DO PREGÃO

#### 4.1 Considerações iniciais

Partindo da sua concepção original, veiculada pela Medida Provisória nº. 2.026, de 4.5.2000, até a sua versão atual, o pregão apresentou-se como uma faculdade ao administrador público, que, nos termos da lei, poderia ou não adotá-lo, conforme o seu juízo de oportunidade e conveniência, não lhe sendo exigido, para realizar a opção, justificativas maiores. Ou seja, bastava ao administrador, por exemplo, frente a uma necessidade de adquirir bens ou serviços comuns cujo preço fosse enquadrável na modalidade concorrência, optar por esta modalidade ou pelo pregão, bastando-lhe, apenas, a demonstração da adequação da modalidade escolhida frente ao objeto pretendido: optando pela concorrência, deveria demonstrar, simplesmente, a adequação do valor a essa modalidade; optando pelo pregão, bastar-lhe-ia, tão-somente, demonstrar que o bem ou serviço pretendido era comum, nos termos da lei pertinente. Não seria de se lhe exigir, portanto, conforme os contornos legais estabelecidos, qualquer justificativa quanto à celeridade, economicidade, publicidade, competitividade e transparência de uma ou outra modalidade.

Desde o princípio, contudo, doutrinadores de escol dividiram-se no entendimento acerca dessa concepção do pregão como mera faculdade do administrador, firmando alguns, baseados na literalidade da legislação pertinente, posição no sentido de ser a nova modalidade licitatória, realmente, uma mera faculdade posta à disposição do administrador; outros doutrinadores, de igual nomeada, conjugando a norma legal com os princípios constitucionais, firmaram-se no sentido diametralmente contrário, de que o pregão, dadas as suas peculiaridades, com ganhos de celeridade, economia, competitividade e transparência, há de ser a opção preferencial, senão obrigatória, do administrador, que deve, sim, proceder a justificativa plausível caso opte pela adoção de modalidade diversa, justificativa essa hábil a demonstrar, estreme de dúvidas, a completa inviabilidade do pregão e/ou que a modalidade escolhida, e não o pregão,

é que será capaz de proporcionar à Administração os melhores ganhos em termos de celeridade, economia, competitividade e transparência.

Integram a primeira corrente, por exemplo, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes<sup>15</sup> e Joel de Menezes Niebuhr, sendo este último peremptório, ao asseverar:

De acordo com o artigo 1º da Lei nº. 10.520/02, “para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade pregão, que será regida por esta Lei” (...)

Soma-se a isso que o artigo 1º da Lei nº. 10.520/02 é de invulgar clareza ao estabelecer que o pregão pode ser adotado, isto é, trata-se de uma faculdade, desde que o objeto licitado seja qualificado como bem ou serviço comum. Noutras palavras: considerando-se que o objeto da licitação se constitua de bem ou serviço comum, o agente administrativo pode optar entre o pregão e as demais modalidades de licitação constantes da Lei nº. 8.666/93, conforme critérios fixados nos seus artigos 22 e 23.<sup>16</sup>

Perfilam a segunda corrente Lucas Rocha Furtado<sup>17</sup> e José dos Santos Carvalho Filho<sup>18</sup>. O primeiro, embora não o faça de maneira expressa, remete a dois acórdãos do Tribunal de Contas da União que consagram a tese exposta na segunda corrente. A lição do segundo encontra-se transcrita no item 4.3, infra.

Filiamo-nos à segunda das correntes acima referidas e pretendemos, no presente trabalho, demonstrar o seu acerto.

Com efeito, pelo menos três princípios constitucionais podem ser invocados em aval à segunda corrente, quais sejam os princípios da eficiência, da economicidade e da publicidade (este mais específico para o caso do pregão eletrônico), a impor ao administrador interpretação conforme a constituição no sentido de que, diante das vantagens já constatadas do pregão frente às demais modalidades licitatórias, a sua adoção é obrigatória, a menos que, no caso concreto, este mostre-se inviável ou menos vantajoso, o que deverá ser devidamente justificado.

---

<sup>15</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 491

<sup>16</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. Curitiba: Zênite Editora, 2004, p. 49

<sup>17</sup> *Id. ibid*, p. 360.

<sup>18</sup> *Id. ibid*. p. 254.

Como já referido, a experiência prática tem demonstrado, de maneira insofismável, a maior vantajosidade do pregão frente às outras modalidades de licitação, ao ponto de diversas unidades da federação, principiando pela União, terem estabelecido, mediante decretos, a obrigatoriedade do pregão, com preferência para o pregão eletrônico e imposto, aos agentes administrativos por eles abrangidos, o dever de justificar a sua não adoção.

A União assim o fez por meio dos Decretos n.s. 5.450 e 5.504, ambos de 2005. O Estado de São Paulo, por meio do Decreto n. 51.469/2007 e o Estado do Rio de Janeiro, pelo Decreto n. 40.497/2007, seguiram o exemplo do Governo Federal. Já o Distrito federal foi mais além, incorporando, nos termos do art. 7º do seu Decreto n. 25.966/2005, o inteiro teor do Decreto federal n. 5.450/2005 ao seu corpo legislativo.

Imperioso reconhecer o mérito de tais disposições, que, no âmbito da sua incidência, evita qualquer tergiversação por parte do administrador público, que não pode mais valer-se da primeira das posições doutrinárias acima referidas e, assim, deixar de utilizar o pregão simplesmente porque seja possível, na hipótese, a utilização de concorrência, tomada de preços ou convite. Impõe-se-lhe um plus em termo de justificativa da opção, devendo, então, demonstrar, irrefragavelmente, que a alternativa escolhida é a que melhor atende ao interesse público, superando as vantagens inerentes ao pregão.

É de se alertar, porém, para o fato de que os decretos em questão têm âmbito de aplicação restrita aos órgãos e agentes integrantes do Poder Executivo, eis que, conforme demonstrado no item 4.2, infra, são editados em razão do poder hierárquico do chefe do Poder Executivo e não em razão do poder regulamentar, não abrangendo, pois, os órgãos e agentes do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, que não se subordinam ao chefe do Poder Executivo. Por idêntica razão, também não alcançam, referidos decretos, as entidades da administração indireta, conforme a seguir demonstrado (item 4.2, infra).

Contudo, conforme já referido na introdução ao presente trabalho, não é preciso a veiculação de normas desse tipo para que a obrigatoriedade do pregão seja imposta ao administrador. Bastam, para tanto, as vantagens já constatadas,

inerentes a esta modalidade licitatória, e a incidência, na espécie, dos princípios constitucionais da economicidade, da eficiência e da publicidade.

Embora, reitere-se, sejam louváveis essas iniciativas, elas somente vêm confirmar que o pregão, atualmente, não pode deixar de ser usado quando possível fazê-lo sem maiores ônus para a Administração pública, ou seja, sem custos maiores do que os benefícios dele advindos. Mas o que realmente obriga a utilização do pregão não é a edição de decretos ou mesmo de leis locais impondo-o como modalidade preferencial ou, mesmo, obrigatória, mas, isto sim, a própria Constituição Federal, com a força cogente dos seus princípios, em especial os princípios da economicidade e da eficiência, no caso do pregão presencial, e estes, mais o princípio da publicidade, no caso do pregão eletrônico.

É pela própria força normativa da Constituição Federal e da disciplina que promana dos seus princípios que o pregão, em especial o pregão eletrônico, é, hoje, a modalidade licitatória mais adequada para a seleção das pessoas que querem contratar com a Administração Pública o fornecimento de bens e serviços comuns, sendo, por conseguinte, obrigatória a sua utilização nestes casos, por toda a Administração Pública, direta e indireta, de qualquer esfera de governo, independentemente da existência de comandos legais ou infralegais que o elejam como modalidade preferencial ou, mesmo, obrigatória, pois os princípios constitucionais, ao contrário dos decretos, têm incidência irrestrita.

Conforme referido no capítulo inicial deste trabalho, os princípios são os postulados fundamentais de qualquer ramo do direito em que estejam inseridos, não se podendo encontrar no Direito Administrativo, conforme CRETELLA JÚNIOR, qualquer instituto que não seja informado pelos seus respectivos princípios. Cumpre repisar, ainda, a propósito, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem a violação de um princípio é mais grave que a transgressão a uma norma, pois a desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos (v. capítulo 1, supra).

## **4.2 Da incidência restrita de normas infralegais que impõem a obrigatoriedade do pregão**

Como dito, a obrigatoriedade da utilização do pregão pelo administrador público, tendo em vista as já constatadas vantagens desta nova modalidade frente às demais, bem como a preferência pelo pregão eletrônico frente ao pregão presencial, não se subordina a qualquer imposição de ordem legal ou infralegal, estando a ela adstrito o gestor público pela simples incidência dos princípios constitucionais da economicidade, da eficiência e da publicidade, desde que foram constatadas, pela vivência prática dos órgãos que a tem utilizado largamente, uma série de vantagens em termos de economia, celeridade, competitividade e transparência.

Contudo, não são de todo despiciendas as normas que diversos entes estatais têm veiculado, via decreto, no sentido de impor aos seus órgãos e agentes subordinados a adoção obrigatória do pregão e a preferência da modalidade eletrônica em relação à presencial. Tais disposições, editadas via decretos pelos chefes máximos de tais entes estatais, ao cabo de laborioso estudo e planejamento, têm, pelo menos, a importância de confirmar a vantajosidade do pregão, que se dissemina por toda a Administração Pública brasileira, em todos os níveis de governo. Têm, também, principalmente, a função de obstar, em relação aos órgãos e agentes que se situam no âmbito de sua incidência, qualquer tergiversação quanto à opção pelo pregão, de maneira que, ainda que filiados à primeira das correntes mencionadas no item precedente, de que o pregão é meramente facultativo, têm a obrigação de adotá-lo nas suas contratações de bens e serviços comuns, pois estão jungidos às referidas normas por um dever de obediência, decorrente do princípio da subordinação hierárquica.

No âmbito da União, foi editado o Decreto nº. 5.450/2005, que, no seu art. 4º, estabelece a obrigatoriedade do pregão e a preferência pelo pregão presencial:

Art. 4º Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica.

§ 1º O pregão deve ser utilizado na sua forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente.

Posteriormente, editou-se o Decreto nº. 5.504/2005, que trata das transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou consórcios públicos, o qual reza, em seu art. 1º, *verbis*:

Art. 1º Os instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de convênios, instrumentos congêneres ou de consórcios públicos que envolvam repasse voluntário de recursos públicos da União deverão conter cláusula que determine que as obras, compras, serviços e alienações a serem realizadas por entes públicos ou privados, com os recursos ou bens repassados voluntariamente pela União, sejam contratadas mediante processo de licitação pública, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente.

§ 1º Nas licitações realizadas com a utilização de recursos repassados nos termos do caput, para aquisição de bens e serviços comuns, será obrigatório o emprego da modalidade pregão, nos termos da Lei 10.520, de 17 de julho de 2002, e do regulamento previsto no Decreto 5.450, de 31 de maio de 2005, sendo preferencial a utilização de sua forma eletrônica, de acordo com cronograma a ser definido em instrução complementar.

§ 2º A inviabilidade da utilização do pregão na forma eletrônica deverá ser devidamente justificada pelo dirigente ou autoridade competente.

Assim, no plano federal, por força do Decreto nº. 5.450/2005, a utilização do pregão é obrigatória. Assim também se dá para os demais entes públicos e privados, ao administrarem recursos repassados voluntariamente pela União, por força do Decreto nº. 5.504/2005.

Há de se lembrar, contudo, que a Lei nº. 10.520/2005, lei do pregão, instituiu-o como uma modalidade facultativa posta à disposição dos administradores públicos, conforme ressaí da letra do seu art. 1º, *verbis*:

Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, **poderá** ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Indaga-se, então, se poderia o decreto impor a adoção do pregão para situações em que ele, nos termos da lei, é apenas uma faculdade. Ou, em outros termos, se poderia o decreto, norma infralegal, afastar a discricionariedade que foi conferida pela lei.

Lucas Rocha Furtado, debruçando-se sobre o tema, conclui, com a costumeira juridicidade, ser perfeitamente possível a imposição, pois o chefe do Executivo, no caso, estaria atuando não de conformidade com o poder regulamentar

que lhe é conferido pelo art. 84, IV, da Constituição, mas, sim, de conformidade com o poder hierárquico que lhe é inerente. Assim, o Decreto nº. 5.450/200 supra citado, editado que foi em decorrência do poder hierárquico, teria como âmbito de atuação apenas o Poder Executivo federal, não atingindo, por exemplo, os órgãos do Poder Judiciário e do Poder Legislativo, que não se subordinam ao Presidente da República. Vale conferir, pela clareza da exposição, a lição em comento:

O Presidente da República dispõe não apenas do Poder Regulamentar (CF, art. 84, IV). Quando o chefe do Poder Executivo se vale deste poder, todos os administradores somente podem aplicar a lei por meio e nos termos da sua regulamentação. Isto vale, por exemplo, para os Poderes Judiciário e Legislativo. No caso, todavia, ao impor, por meio de decreto, a adoção do pregão, “sendo preferencial a adoção da sua forma eletrônica”, o chefe do Executivo vale-se do poder hierárquico que lhe é inerente, e não do poder regulamentar. O âmbito de aplicação de um e de outro poder é distinto. Ao se valer do poder hierárquico para impor o pregão, esta ordem somente é aplicável àqueles administradores que estejam inseridos no âmbito do Poder Executivo federal. Encontrando-se esses administradores subordinados hierarquicamente ao chefe do Executivo, têm o dever de cumprir as ordens que lhes são dadas pelos seu chefe maior. Assim, não obstante a ementa do mencionado Decreto n. 5.450/2005 fale em Poder Regulamentar e faça referência ao art. 84, IV do texto constitucional, o âmbito de alcance do dispositivo mencionado (art. 4º) está restrito àqueles que se subordinam ao Presidente da República. A Administração do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, que não se subordina ao Executivo, não está vinculada à adoção do pregão.<sup>19</sup>

Lembramos, além disso, que, apesar de o Decreto nº. 5.450/2005 dispor, no parágrafo único de seu art. 1º, que às suas disposições subordinam-se, “...além dos órgãos da administração pública federal direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União.”, os seus efeitos não podem atingir as entidades da administração indireta. E a razão, mais uma vez, está no próprio fundamento do referido decreto, que, conforme a lição supra transcrita, do inescedível Lucas Rocha Furtado, advém não do poder regulamentar, mas, sim, do poder hierárquico.

Ora, as entidades integrantes da Administração indireta – autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e entes controlados direta ou indiretamente pela União, citados no decreto - não têm as suas relações

---

<sup>19</sup> *Id. ibid.* p. 360.

com o ente central, no caso, a União, pautadas pela hierarquia. Logo, não devem obediência às ordens emanadas do Presidente da República, não estando, portanto, subordinadas aos decretos por ele baixados em razão do seu poder hierárquico. O controle que a União exerce sobre tais entidades, conforme é de conhecimento cediço, é de ordem finalística, sendo restrito e limitado aos termos da lei que o estabelece, conforme lição de Hely Lopes Meirelles:

O controle no âmbito da Administração direta ou centralizada decorre de subordinação hierárquica e, no campo da Administração indireta ou descentralizada, resulta da vinculação administrativa, nos termos da lei instituidora das entidades que o compõem. Daí por que o controle hierárquico é pleno e ilimitado e o controle das autarquias e das empresas estatais em geral, sendo apenas um controle finalístico, é sempre restrito e limitado aos termos da lei que o estabelece. E justifica-se essa diferença, porque os órgãos centralizados são subordinados aos superiores, ao passo que os entes descentralizados são administrativamente autônomos e simplesmente vinculados a um órgão ou entidade estatal que os criou. Por essa razão, o órgão a que a autarquia ou a empresa estatal se acha vinculada só as controla nos aspectos que a lei determinar, e que normalmente se restringem ao enquadramento da conduta da entidade no plano geral do Governo e à consecução de suas finalidades estatutárias, nos termos da supervisão ministerial (Dec-lei 200/67, arts. 19 a 21)<sup>20</sup>

As ressalvas supra, obviamente, não são restritas à União, valendo para qualquer ente federado que tenham, via decreto, estabelecido a obrigatoriedade do pregão. Assim, a obrigatoriedade decorrente de tais disposições, insista-se, abrange, exclusivamente, os órgãos e agentes da administração direta e do Poder Executivo respectivos, não subordinando os órgãos e agentes do Poder Legislativo e do Poder Judiciário e nem as entidades da administração indireta, vale dizer, as autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades controladas direta ou indiretamente pelo ente central.

Já no que concerne ao Decreto n. 5.504/2005, que trata das transferências voluntárias de recursos públicos da União decorrentes de convênios ou consórcios públicos e obriga, no seu art. 1º e respectivo § 1º, a inserção, nos instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de convênios, instrumentos congêneres ou de consórcios públicos que envolvam repasse voluntário de recursos públicos da União, de cláusula que determine que para a contratação das obras, serviços e

---

<sup>20</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 574-575.

alienações a serem realizadas, por entes públicos ou privados, com tais recursos, seja adotado o pregão, observe-se que o seu destinatário não é, diretamente, os entes públicos beneficiários dos repasses, mas, sim, os entes convenientes integrantes da própria União.

Assim, o que se veicula no referido decreto é uma ordem ao próprio gestor público integrante da União, que tem, por força do seu art. 1º e § 1º, o dever de estabelecer, em convênios, consórcios e ajustes congêneres que envolvam repasses de recursos, cláusula impondo a adoção do pregão nas aquisições de bens e serviços comuns. As normas do decreto, pois, vinculam os agentes da União, e as cláusulas dos convênios e demais instrumentos, inseridas por força delas, é que irão vincular os entes públicos e privados beneficiários, por força do princípio *pacta sunt servanda*.

Vê-se, pois, que, apesar de, reiterar-se, serem louváveis as iniciativas que se têm verificado em alguns entes estatais, principiando pela União, no sentido de impor, via decreto, a obrigatoriedade do pregão, de melhor efeito se afigura advogar a tese de que tais normas são mesmo desnecessárias, estando o administrador público obrigado a adotar o pregão ainda que inexistentes tais normas na sua área de atuação, por força, simplesmente, dos princípios constitucionais da eficiência, da economicidade e da publicidade, cuja incidência é irrestrita, atingindo a todos, indistintamente, de maneira que, até mesmo os membros dos poderes Legislativo e Judiciário federal, assim como as entidades que integram a administração direta federal, nada obstante a sua não subordinação ao Decreto n. 5.450/05, estão obrigadas a adotar o pregão na aquisição de bens e serviços comuns, salvo justificativa plausível e suficiente da sua inviabilidade.

### **4.3 Da obrigatoriedade da adoção do pregão decorrente dos princípios da eficiência, da economicidade e da publicidade**

Conforme já se expôs até o presente, o dever de o administrador público dar preferência ao pregão em vez de adotar as demais modalidades licitatórias decorre da própria força cogente da Constituição e da disciplina que emana dos princípios

nela encartados que regem a Administração Pública, em especial os princípios da eficiência, da economicidade e da publicidade, este último de maior sentido no que concerne ao pregão presencial.

Não é necessário, portanto, que se espere a edição de decreto ou outro qualquer normativo inferior para que se veja o administrador compelido, sempre, a adotar o pregão na contratação de bens e serviços comuns, tendo em vista a já constada vantajosidade dessa novel modalidade licitatória frente às modalidades tradicionais previstas na Lei n. 8.666/93, constatação essa decorrente de dados estatísticos dos entes e órgãos que, com maior largueza, tem se utilizado do pregão, como é o caso, por exemplo, da União, conforme se extrai do portal Comprasnet<sup>21</sup>, que assim informa, *verbis*:

**Pregão Eletrônico do governo cresce 103%:** O número de pregões eletrônicos do governo federal de 2004 cresceu 103% frente ao ano anterior, revelou um balanço divulgado pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI), do Ministério do Planejamento. Segundo o órgão, foram 3.024 transações realizadas no ano passado, frente a 1.488 de 2003. Na comparação com 2002, a alta foi de aproximadamente 300%.

A adoção do Pregão, e a implementação de sua forma eletrônica viabilizaram um notável incentivo à competitividade e à ampliação da disputa entre os fornecedores, que passaram a dar uma maior credibilidade às contratações públicas e aos certames licitatórios, eis que nesta modalidade se reduz drasticamente as possibilidades de fraudes, conluíus, conchavos, e todos os demais meios escusos e fraudulentos que dantes eram levados à cabo por servidores e fornecedores inescrupulosos.

O incremento da competitividade é plenamente materializável no Pregão Eletrônico através da simples constatação de que um licitante que possua estabelecimento em qualquer lugar do país pode participar de um certame licitatório promovido por qualquer instituição federal sediada no território nacional, bastando estar conectado à internet, e satisfazer os requisitos para credenciamento no servidor do sistema.

Prosseguindo na consulta ao referido portal<sup>22</sup>, extraem-se importantes dados referentes ao crescimento da competitividade e da credibilidade do pregão:

Nos últimos dois anos, uma lenta evolução vem ocorrendo no governo federal na hora de realizar suas licitações. As mudanças são importantes porque aumentaram de forma significativa o número de fornecedores do governo e porque reduziram os custos das compras governamentais em até 30%. (...) Essas mudanças devem-se à prioridade dada aos pregões eletrônicos. (...) A novidade foi o crescimento do número de fornecedores, que pela primeira vez ultrapassou a casa dos 200 mil, uma elevação de 42%. (...) Para a iniciativa privada, o uso dos pregões também é favorável,

---

<sup>21</sup> BRASIL, 2005t, p.1.

<sup>22</sup> Idem.

segundo os especialistas do setor. “Antes da popularização dos pregões eletrônicos, poucas empresas participavam das licitações e muitas preferiam não aparecer, atuando através de empresas de representação, mas cada dia mais as empresas estão quebrando esse paradigma e atuando de forma direta para vender aos órgãos públicos”, afirma Roberto Baracat, diretor da RHS Licitações.

Ademais, essas vantagens, a par de largamente divulgadas, não têm sido objeto de contestação por quem quer que seja, o que aumenta a sua confiabilidade.

Assim, frente a tão evidentes vantagens do pregão em relação às demais modalidades licitatórias, outra alternativa não resta ao administrador senão a sua adoção, sob pena de incidir em frontal afronta aos multicitados princípios constitucionais da eficiência, da economicidade e da publicidade.

Com efeito, o **princípio da eficiência**, hoje erigido à categoria de dogma constitucional (art. 37, *caput*, da Constituição Federal), impõe ao administrador o dever de otimização dos recursos, de maneira a evitar o desperdício e a má utilização dos recursos públicos, que se destinam à satisfação das necessidades públicas, necessidades essas variadas e praticamente infinitas, devendo, por conseguinte, serem adotadas ações e condutas capazes de obter o máximo possível de resultados visando ao seu atendimento, com o mínimo possível de dispêndio.

Maria Sylvia Zanella di Pietro, invocando Hely Lopes Meirelles, anota que a eficiência constitui-se num dever do administrador público, ao qual se impõe:

...realizar as suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.<sup>23</sup>

Melhor ainda para a fundamentação do entendimento aqui desenvolvido é a lição de Odete Medauar, que assevera, *verbis*:

*Agora a eficiência é princípio que norteia toda a atuação da Administração Pública. O vocábulo liga-se à idéia de ação, para produzir resultado de modo rápido e preciso. Associado à Administração Pública, o princípio da eficiência determina que a Administração deve agir, de modo rápido e*

---

<sup>23</sup> MEIRELLES, Hely Lopes (1996:90-91) *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 83.

*preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população. Eficiência contrapõe-se a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão – características habituais da Administração Pública brasileira, com raras exceções.<sup>24</sup>*

O **princípio da economicidade**, igualmente, possui, hoje, foro de constitucionalidade, por estar inserido entre os elementos que devem ser objeto de controle por parte dos tribunais de contas, conforme disposto no art. 70, *caput*, da Constituição. Assim, embora não esteja entre aqueles listados no art. 3º da Lei n. 8.666/93, a sua observância pelo administrador público é incontestável, nas licitações e em qualquer outra atividade a que se proponha e que envolva o dispêndio de recursos públicos.

Lembre-se, a propósito, que não é outra a finalidade da licitação senão a busca do melhor contrato para a Administração Pública, o que não pode ser traduzido senão numa relação custo-benefício favorável, que é, afinal, a essência do princípio da economicidade.

Por fim, quanto ao **princípio da publicidade**, expressamente referido no art. 3º da Lei n. 8.666/93 como princípio básico da licitação, basta rememorar que visa ele assegurar a melhor fiscalização das atividades da administração, não só pelos órgãos de controle, mas, também, pelos próprios cidadãos, o que, principalmente no pregão eletrônico, é atingido de maneira ótima, tendo em vista a sua realização via internet, a qual pode ser acessada por qualquer pessoa, que poderá conhecer os editais e seus anexos e, assim, impugná-los, conforme autoriza o § 1º do art. 41 da Lei n. 8.666/93. Ademais, a todos os licitantes é permitido o acompanhamento de todas as fases do pregão, via internet, alargando-se, assim, a possibilidade de controle. A **transparência** do procedimento, portanto, é quase absoluta, atendendo, assim, mais do que em qualquer outra modalidade, ao princípio da publicidade.

Resumindo, em obediência aos princípios da eficiência, da economicidade e da publicidade, deve o administrador público, conjugadamente, agir com rapidez e prestar o melhor serviço, com o menor dispêndio possível dos recursos públicos da maneira mais transparente possível.

---

<sup>24</sup> *Id. ibid.* p. 129.

Ora, é exatamente isso o que ocorre com o pregão, em especial o eletrônico, que, conforme muitas vezes mencionado, é mais célere, mais econômico, mais simples e mais transparente que qualquer outra modalidade licitatória, diante do que afigura-se impositiva ao administrador a sua adoção.

Joel de Menezes Niebuhr assim leciona:

A eficiência em licitação pública gira em torno de três aspectos fundamentais: preço, qualidade e celeridade.

[...] as modalidades licitatórias previstas na Lei n. 8.666/93 costumam ser criticadas porque, segundo os críticos, induzem a processos licitatórios ineficientes. A modalidade pregão traz inovações de monta, cujos propósitos são, justamente, propiciar tal eficiência, especialmente em relação aos aspectos preço e celeridade.<sup>25</sup>

Embora firmando-se no princípio da razoabilidade, José dos Santos Carvalho Filho, após constatar o caráter facultativo do pregão conferido pela literalidade da lei, apresenta entendimento idêntico ao que esposamos. Confira-se:

A despeito da faculdade conferida à Administração Pública, é preciso levar em consideração a finalidade do novo diploma, que é a de propiciar maior celeridade e eficiência no processo de seleção de futuros contratados. Surgindo hipótese que admita o pregão, temos para nós que a faculdade praticamente desaparece, ou seja, o administrador deverá adotá-lo para atender ao fim público da lei. É o mínimo que se espera diante do princípio da razoabilidade. Entretanto, se optar por outra modalidade, caber-lhe-á justificar devidamente sua escolha, a fim de que se possa verificar se os motivos alegados guardam congruência com o objetivo do ato optativo.<sup>26</sup>

Para arrematar, colacione-se o entendimento do Tribunal de Contas da União, consubstanciado no acórdão parcialmente transcrito abaixo, que sintetiza, de maneira insuperável, todos os argumentos fáticos e jurídicos que obrigam a adoção do pregão:

Independentemente da ausência de obrigatoriedade, o gestor deverá justificar sempre que deixar de utilizar a modalidade pregão, se, tecnicamente, havia condições para tanto. As razões são óbvias. A característica de celeridade procedimental, decorrente da inversão das fases de habilitação e da abertura das propostas de preços, é apenas a parte mais perceptível do processo. Há outras questões relevantes que recomendam, peremptoriamente, a sua adoção.

---

<sup>25</sup> *Id. ibid.* p. 39.

<sup>26</sup> *Id. ibid.* p. 254.

A ampliação da disputa entre os interessados tem como consequência imediata a redução dos preços. Aliada à celeridade, a competitividade é característica significativa do pregão. A possibilidade de simplificar o procedimento licitatório, sem perda da essência da competitividade e da isonomia, deve marcar toda licitação. (...)

O argumento de que o convite era opção legal é relativo. A discricionariedade do administrador público está jungida pelo princípio da indisponibilidade do interesse público. O legislador, ao disponibilizar ferramenta de comprovada eficácia e atribuir prioridade para a sua aplicação, imbuíu a Administração do dever de a utilizar. Sua preterição deve ser fundamentada, porque, via de regra, o pregão tem se mostrado a opção mais econômica na aquisição/contratação de bens ou serviços.<sup>27</sup>

#### **4.4 Da preferência do pregão eletrônico frente ao pregão presencial**

Se é certa, conforme demonstrado acima, a obrigatoriedade da modalidade pregão frente às modalidades licitatórias tradicionais, independentemente da edição de decreto ou qualquer outro normativo infraconstitucional veiculando essa imposição, mas pela simples incidência dos princípios constitucionais da eficiência, da economicidade e da publicidade, tendo em vista os notórios ganhos de economia, celeridade e transparência do pregão, é igualmente certo que o pregão eletrônico, pelas mesmas razões e também independentemente de qualquer imposição oficial, deve ser utilizado prioritariamente em relação ao pregão presencial.

Com efeito, conforme já demonstrado no item 3.4, supra, o pregão eletrônico vai além do pregão presencial nas vantagens que acarreta para a Administração e para os licitantes, pois, além de propiciar todas as vantagens que o primeiro apresenta frente às modalidades tradicionais de licitação, agrega outras igualmente relevantes, suficientes, por força dos mesmos princípios da eficiência, da economicidade e da publicidade, para torná-lo prioritário em relação ao pregão presencial.

Relembrando o que se expôs no item 3.4, supra, proporciona o pregão eletrônico, além das vantagens já presentes no pregão presencial, a mitigação de formalidades e burocracia, diminuindo o uso de papéis e simplificando o

---

<sup>27</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo n. 010.123/2003-9, Acórdão n. 1547/04 – Primeira Câmara. Relator: Min. Rel. Walton Alencar Rodrigues.

procedimento, pois as propostas e quase todos os atos do procedimento são feitos via internet; simplificação dos trabalhos do pregoeiro, pois é o sistema que recebe o credenciamento, as propostas e os lances e os ordena, diversamente do pregão presencial, em que a atividade do pregoeiro é assaz múltipla e complexa, cabendo-lhe, praticamente, a condução de todo o processo, credenciando os licitantes, recebendo propostas e documentos, classificando os licitantes, presidindo a fase de lances verbais etc.; aumentando a competição, pois, com o uso da internet, não é necessária a presença física dos licitantes, nem mesmo por meio de representantes, permitindo, assim, sem maiores dificuldades e sem qualquer investimento de maior monta, a participação de licitantes de qualquer lugar do país; diminuindo os custos dos licitantes, que, também em razão do uso da internet, embora distantes do lugar onde se processa a licitação, podem dela participar sem quaisquer ônus, não precisando, pelo menos, arcar com os custos de deslocamento e hospedagem para participar da licitação.

Em suma, a grande vantagem do pregão eletrônico em relação ao pregão presencial é o aumento de competitividade e, por conseguinte, o aumento da probabilidade de a Administração obter um contrato mais vantajoso.

No âmbito federal, a prioridade do pregão eletrônico frente ao pregão presencial é expressamente exposta pelo art. 4º e § 1º do Decreto n. 5.450/2005, que prescrevem:

Art. 4º Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica.

§ 1º O pregão deve ser utilizado na sua forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente.

Além da já citada desnecessidade de norma dessa natureza, estabelecendo a preferência do pregão eletrônico, conforme acentuado linhas acima, bem como do alcance restrito do decreto em apreço aos órgãos e agentes da administração pública federal direta e do Poder Executivo, conforme exposto no item 4.2, supra, merece registro que a norma supra transcrita apresenta uma contradição consigo mesmo, que precisa ser equacionada.

É que o *caput* do art. 4º do Decreto n. 5.450/2005, acima transcrito, como se vê, ao tempo em que impõe a obrigatoriedade do pregão nas aquisições de bens e serviços comuns, prescreve que o pregão eletrônico é preferencial. Já o § 1º estabelece que o pregão eletrônico deverá ser utilizado, salvo no caso de sua completa inviabilidade.

Ora, o uso da expressão completa inviabilidade, presente no § 1º do art. 4º do Decreto n. 5.450/2005, poderia conduzir, aos menos atentos e aos adeptos de uma interpretação meramente literal, à conclusão de que o pregão eletrônico, no âmbito da administração federal direta, somente não deverá ser utilizado quando não puder o administrador, de nenhuma maneira, realizá-lo, pois a palavra inviabilidade traz o sentido do que não pode ser feito, do que não é realizável, do que é impossível. Não haveria, pois, sequer espaço para um melhor juízo de conveniência e oportunidade que permitisse ao gestor público, diante do caso concreto, aferir se o pregão eletrônico poderia, realmente, naquela específica aquisição ou contratação de bens ou serviços comuns, acarretar as vantagens comumente verificáveis no seu procedimento. Assim, sendo o pregão eletrônico possível de ser realizado, mesmo que mais anti-econômico, mais moroso e mais burocrático que o presencial, inarredável seria a sua adoção, segundo o dispositivo em foco.

A análise dos dispositivos, contudo, deve ser feita *cum grano sallis*, não se podendo perder de vista que o *caput* do art. 4º supra transcrito dispõe que o pregão será preferencial. Assim, a exegese do § 1º, que, até mesmo por uma questão de técnica legislativa, não tem outra função que não a de explicitar o texto do *caput*, não pode conduzir a conclusão contrária à que este estabelece. O termo inviabilidade, constante do § 1º, portanto, fala mais do que deveria, devendo a sua interpretação ser conduzida no sentido de se exigir uma justificativa plausível, que demonstre, à vista do caso concreto, que a preferência do pregão eletrônico frente ao presencial traduziria em prejuízo à administração pública, não sendo possível, portanto, a sua utilização.

Essa, pois, a melhor solução para a aparente contradição, que, de resto, vai de encontro aos tantas vezes invocados princípios da eficiência e da economicidade.

#### **4.5 Algumas justificativas para a não utilização do pregão**

Não restam dúvidas, portanto, à vista do quanto exposto, que a utilização do pregão, prioritariamente o pregão eletrônico, para a aquisição de bens e serviços comuns, quando, no caso concreto, as anunciadas e tantas vezes comprovadas vantagens dessa novel modalidade licitatória façam-se presentes, constitui decisão que não se insere na discricionariedade do administrador público. Trata-se, ao revés, de decisão a que está inarredavelmente jungido, sob pena de incidir em malferimento aos princípios constitucionais da eficiência, da economicidade e da publicidade, podendo até mesmo, em conseqüência, ser apenado com as sanções da Lei n. 8.429/92, que tipifica as condutas configuradoras da improbidade administrativa, dentre as quais se encontra, insofismavelmente, a violação aos princípios da Administração Pública (art. 11).

Note-se, contudo, que tal conclusão não significa uma amarra insuperável ao administrador público. Ou seja, não está ele, sempre e em qualquer hipótese, obrigado à adoção do pregão. O que se lhe obriga, vale mais uma vez destacar, é a adoção da solução ótima, mais vantajosa, mais célere, menos burocrática; enfim, à adoção da opção que melhor atenda ao interesse público. Óbvio, portanto, que, se o pregão, no caso concreto, não se apresenta como a opção mais favorável, encontra-se o administrador liberado para adotar qualquer outra modalidade capaz de melhor alcançar tais desideratos, sob pena de, em vez de atender aos proclamados princípios constitucionais, transgredi-los frontalmente e, assim, assujeitar-se, da mesma maneira, às sanções legais pertinentes.

O que se obriga ao administrador público, pois, não é, pura e simplesmente, a adoção do pregão, em qualquer situação, ainda que essa seja uma opção desfavorável. O que ocorre é que o pregão, conforme tem demonstrado a prática da Administração Pública em geral, em especial da União, tem-se revelado, quase sempre, na solução mais eficaz, mais econômica etc., de maneira a configurar, atualmente, praticamente uma presunção de que seja a opção mais adequada. Diante disso, impõe-se ao administrador, ao optar por modalidade diversa, demonstrar a inadequação do pregão, em justificativa hábil, suficiente para

evidenciar que as vantagens que lhe são naturalmente inerentes não se fazem presentes naquela específica e concreta hipótese com que se defronta.

Dentre as justificativas possíveis de ocorrer, podemos listar: a) impossibilidade material de se adotar o pregão, tendo em vista que o órgão licitante, por exemplo, um pequeno município do interior, simplesmente não conta com acesso à internet, não podendo, pois, utilizar o pregão eletrônico; b) ainda por impossibilidade material, quando, comprovadamente, o vulto do objeto é pequeno, podendo, pois, ser satisfeito por pequenos licitantes, que também não contam, ainda, com os recursos da tecnologia da informação, em especial a internet; c) os potenciais contratados são de número reduzido, os quais podem ser contatados diretamente e podem, também, comparecer à sede do órgão licitante; d) o objeto licitado, embora qualificável como comum, exige a apresentação de amostras, o que, por óbvio, não pode ser feito via internet, de maneira a justificar, no caso, pelo menos, a adoção do pregão presencial; e) ter-se realizado, anteriormente, pregão presencial ou eletrônico para aquele objeto, o qual restou fracassado, e tenha a Administração razões para entender que modalidade diversa poderá obter sucesso.

## CONCLUSÃO

Ao cabo desta singela exposição doutrinária, é possível concluir, com logicidade e de maneira fundamentada, tal qual nos propusemos de início, que o pregão é, insofismavelmente, a melhor ferramenta de que atualmente dispõe o administrador público para obter a seleção dos melhores contratos visando à aquisição de bens e serviços comuns, por ser a mais célere, econômica e transparente de todas as modalidades licitatórias existentes, sendo, pois, imperativa a sua utilização, salvo justificativas plausíveis e específicas, feitas caso a caso, que demonstrem a sua inviabilidade.

Conforme demonstrado, tem o administrador público a sua disposição, para a seleção dos seus fornecedores e prestadores de serviços, as modalidades licitatórias tradicionais, previstas na Lei n. 8.666/93 – concorrência, tomada de preços e convite – e o pregão, nova modalidade prevista na Lei n. 10.520/2002.

A concorrência, a tomada de preços e o convite devem ser utilizados segundo faixas de valor previamente estabelecidas, tendo, ainda, como característica principal que as distinguem do pregão, a existências de uma fase prévia, de habilitação dos licitantes, onde um notável volume de tempo e de recursos é despendido, com a análise de documentos, realização de diligências, vistorias, inspeções etc., apenas para que se possa passar à fase seguinte, que é a que realmente interessa, onde se dá o exame das propostas dos licitantes e a seleção da que melhor atende aos interesses da Administração. Já o pregão, conforme acentuado, além de não se ater a limites de valor, podendo ser utilizado para contratações de qualquer vulto, tem como característica principal a inversão dessas fases, procedendo-se, em primeiro lugar, ao exame das propostas, selecionando-se, desde logo, a mais vantajosa, e passando-se, somente após, ao exame da documentação, exame esse restrito ao licitante vencedor. Tem-se, assim, como se vê, apenas em razão dessa inversão de fases, um notável ganho de celeridade e de economia, evitando-se a inútil análise de uma enormidade de documentos de quem jamais seria contratado. Isso sem falar na maior transparência que se verifica na modalidade pregão, principalmente o pregão eletrônico, a permitir um maior controle e fiscalização por parte dos próprios licitantes, dos órgãos de controle e da

população em geral, objetivo que, certamente, fez parte dos intentos do nosso legislador constituinte de 1988.

Basta, pois, essa constatação para que se tenha como obrigatória a utilização do pregão na aquisição de bens e de serviços comuns, salvo demonstrada inviabilidade, pela simples incidência dos princípios constitucionais da eficiência, da economicidade e da publicidade, dispensando-se, assim, a intervenção de qualquer norma infraconstitucional a impor essa obrigatoriedade.

Nada obstante, o fato é que o pregão foi, inicialmente, conforme a literalidade da sua lei instituidora, concebido como uma faculdade posta à disposição do administrador, que poderia ou não adotá-lo conforme o seu juízo de oportunidade e conveniência, sem justificativas maiores. Ou seja, não seria de se lhe exigir qualquer justificativa quanto à celeridade, economicidade, publicidade, competitividade e transparência de uma ou outra modalidade licitatória, bastando-lhe, apenas, a demonstração da adequação da modalidade escolhida frente ao objeto pretendido. Optando, por exemplo, pela concorrência, deveria demonstrar, simplesmente, a adequação do valor a essa modalidade; optando pelo pregão, bastaria demonstrar que o bem ou serviço pretendido era comum, nos termos da lei pertinente.

Desde o princípio, contudo, deu-se uma divisão na doutrina quanto a esse entendimento, firmando-se alguns doutrinadores, baseados na literalidade da norma, no sentido de ser o pregão, realmente, uma mera faculdade, e outros, de igual nomeada, conjugando a norma legal com os princípios constitucionais, batendo-se no sentido oposto, de que o pregão, pelas suas peculiaridades, com ganhos de economia, celeridade, competitividade e transparência, deve ser a opção preferencial, senão obrigatória, do administrador, que somente estará dispensado da sua adoção ao cabo de justificativa plausível, hábil a demonstrar, estreme de dúvidas, a sua completa inviabilidade, e que outra modalidade, e não o pregão, é que será capaz de proporcionar à Administração os melhores ganhos em termos de celeridade, economia, competitividade e transparência.

No presente trabalho, filiamo-nos, entusiasticamente, a essa segunda corrente, o que fazemos com o aval de, pelo menos, três princípios constitucionais,

quais sejam: da eficiência, da economicidade e da publicidade (este último mais específico para o caso do pregão eletrônico).

Impõe-se ao administrador, portanto, conforme exposto, proceder, em face do art. 1º da Lei n. 10.520/2002, a uma interpretação conforme a constituição, no sentido de que a faculdade nele estabelecida exige, no mínimo, a elaboração de justificativa hábil a demonstrar o contrário do que resulta da prática, ou seja, que o pregão, no caso concreto, ao contrário do que comumente acontece, não é a modalidade mais vantajosa.

Isto porque a experiência prática tem demonstrado, de maneira insofismável, a maior vantajosidade do pregão frente às outras modalidades licitatórias, ao ponto de se poder cogitar, até mesmo, da existência de uma presunção em favor do mesmo. Tanto assim que diversas unidades da federação, principiando pela União, têm estabelecido, mediante decreto, a obrigatoriedade do pregão, com preferência pelo pregão eletrônico, e imposto aos seus agentes o dever de justificar a sua não adoção.

Contudo, embora meritorias tais iniciativas, é preciso reiterar que não é preciso a veiculação de normas desse tipo para que a obrigatoriedade do pregão seja efetiva, bastando, para tanto, as suas vantagens, já constatadas, e a incidência dos princípios constitucionais da eficiência, da economicidade e da publicidade.

Mesmo porque, conforme demonstrado, as normas infralegais que têm estabelecido a obrigatoriedade do pregão, em geral decretos, são de incidência restrita, não alcançando todos os órgãos e agentes pretendidos. É o caso, por exemplo, do Decreto n. 5.450/2005, que, no parágrafo único do seu art. 1º, pretende atingir os entes da administração pública indireta, o que, contudo, não é possível, conforme lição de Lucas Rocha Furtado, acima transcrita, para quem, tendo referidos decretos como fundamento o poder hierárquico e não o poder regulamentar, não podem subordinar quem a esse poder não está jungido, como é o caso dos entes da administração indireta. De igual maneira, não estão sujeitos ao âmbito de incidência de referido decreto os órgãos e agentes dos Poderes Legislativo e Judiciário, que não se subordinam hierarquicamente ao Presidente da República.

Tal restrição, por óbvio, está presente em todo e qualquer decreto, de qualquer esfera de governo, sendo certo, portanto, que a obrigatoriedade do pregão, a valer apenas as suas disposições, não ultrapassaria os quadrantes dos órgãos da administração direta do Poder Executivo de onde promanam.

Assim sendo, a tese de que a obrigatoriedade do pregão advém do próprio texto constitucional, com a força cogente dos seus princípios, em especial os princípios da economicidade, da eficiência e da publicidade, é a que melhor atende ao interesse público, impondo-se, pois, ao administrador, independentemente da edição, na sua esfera de atuação, de qualquer norma infralegal, o dever de utilizá-lo na aquisição de bens e serviços comuns, salvo justificativas plausíveis, expressamente demonstradas, que, pelas mesmas razões de economia, celeridade, competitividade e transparência que impõem a utilização do pregão, determinem a escolha de modalidade diversa, conforme o caso concreto. Da mesma maneira, há de se preferir, sempre, o pregão eletrônico em vez do presencial, a menos que, no caso concreto, conforme demonstração efetiva, este mostre-se mais vantajoso para a administração.

O pregão, pois, com preferência para o pregão eletrônico, é, hoje, diante dos princípios da economicidade, da eficiência e da publicidade, a modalidade licitatória obrigatória a ser utilizada pela Administração Pública de qualquer esfera de governo, independentemente da existência de comando infralegal a estabelecer essa obrigatoriedade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

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

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação*. 7ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

\_\_\_\_\_. *Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

JUSTE FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. *Licitação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 46

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão Presencial e Eletrônico*. Curitiba: Zênite, 2004.