

UFRGS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

**O PRINCÍPIO DA EFICIENCIA E A INTERPRETAÇÃO DO
CONCEITO DE SERVIÇOS COMUNS NA LICITAÇÃO NA
MODALIDADE PREGÃO**

Diógenes Cervo

Porto Alegre

2007

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO**

DIÓGENES CERVO

**O PRINCÍPIO DA EFICIENCIA E A INTERPRETAÇÃO DO
CONCEITO DE SERVIÇOS COMUNS NA LICITAÇÃO NA
MODALIDADE PREGÃO**

Monografia Jurídica apresentada a Escola de Administração, como requisito à obtenção do título de Especialista em Administração da Justiça, sob a orientação da Professora Doutora Maria Ceci Misoczky.

Porto Alegre,

2007

RESUMO

O objeto da presente pesquisa é o estudo da aplicação do conceito de serviços comuns contido no artigo primeiro da Lei do Pregão, Lei nº 10.520/2002. O enfoque será concentrado na análise da aplicação do aludido conceito, frente a eficácia que se pretende seja conferida ao constitucional princípio da eficiência relevando-se, igualmente, os posicionamentos doutrinário e jurisprudencial existentes acerca do tema, assim como a legislação que lhe é correlata, em especial a Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 8.666/1993.

Palavras chave:

Administração pública, Licitação, Pregão, Serviços comuns, Legalidade, Princípios, Eficiência, Microcontexto do objeto.

SUMMARY

The object of the present research is the study of the application of the concept of common services contained in the first article of the Law of the Proclamation, Law n ° 10.520/2002. The approach will be concentrated in the analysis of the application of the alluded concept, front the effectiveness that if it intends either conferred to the constitutional principle of the efficiency raising itself, equally, the existing positionings doctrinal and jurisprudential concerning the subject, as well as the legislation that it is correlate, in special the General Law of Licitations and Administrative Contracts, Law n ° 8.666/1993.

Words key:

Administration publishes, common Licitacion, Proclamation, Services, Legality, Principles, Efficiency, Microcontexto of the object.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
1 O PODER JUDICIÁRIO COMO REALIZADOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS NECESSARIAS PARA GARANTIR O ACESSO E A EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA	10
2 A NECESSIDADE DA LICITAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO COMO MEIO PARA IMPLEMENTAÇÃO DE SUAS POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL	15
2.1 A previsão constitucional: histórico e conceito.....	15
2.2 Os princípios constitucionais da Impessoalidade, Moralidade, Publicidade, Legalidade e Eficiência	19
2.2.1 Princípio da Legalidade	20
2.2.2 Princípio da Impessoalidade	21
2.2.3 Princípio da Moralidade.....	23
2.2.4 Princípio da Publicidade	24
2.2.5 Princípio da Eficiência.....	27
3 A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL	32
3.1 Lei nº. 8.666/1993, a Lei geral de licitações e contratos	32
3.2 A Lei nº. 10.520/2002, a Lei do Pregão	39
3.2.1 Histórico e generalidades.....	39
3.2.2 Serviços comuns: compreensão legal, doutrinaria e jurisprudencial	42
3.2.3 A moderna jurisprudência do Tribunal de Contas da União.....	47
3.2.4 A utilização prática do Pregão para contratação de objeto antes não considerado comum.....	48
3.2.5 A utilização do Pregão relativamente às demais modalidades licitatórias tradicionais	52

3.2.6	A idéia do Micro contexto em que inserido o objeto de que necessita a Administração.....	57
4	OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E EFICIENCIA APLICADOS À LICITAÇÃO E SUA INTERPRETAÇÃO EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO	59
	CONCLUSÃO	66
	REFERÊNCIAS.....	69
	ANEXOS	72

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal estabeleceu ser objetivo da República, dentre outros estabelecidos em seu artigo 3º, a construção de uma sociedade justa e a promoção do bem comum.

Dessa forma, consoante demonstrado no primeiro capítulo, é razoável afirmar ser a busca por justiça uma característica nitidamente perceptível na sociedade brasileira contemporânea.

Quanto a essa questão, tendo em mente serem poderes independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, conforme previsto no artigo 1º da Carta Política, não obstante seja dever de todos a busca pela justiça, tem-se que, na forma delineada pelo texto constitucional, acaso não seja ela garantida pelos demais poderes, caberá ao Judiciário, na defesa do cidadão e da sociedade – ou seja, ao apreciar interesses individuais ou difusos -, tolher a ação estatal, limitando-a para que preservada a higidez dos direitos e garantias constitucionalmente assegurados. Exemplos de tais direitos são aqueles apostos nos artigos 5º e 7º, ambos da Constituição Federal.

Em razão dessa missão constitucional, o Judiciário deve direcionar as políticas públicas por ele executadas, a fim de implementar e garantir, ao cidadão, justamente os meios e recursos necessários para o efetivo exercício de tais direitos, frente ao Estado. Para tato, nos termos em que desenvolvido o primeiro capítulo, o Judiciário necessita realizar aquisições e contratações o que, em conformidade com a Constituição deve ser feito, como regra geral, mediante licitação.

Esse instituto, verdadeiramente procedimental, instrumental, foi erigido pela Constituição como a regra geral para a aquisição de bens ou contratação de serviços pela Administração Pública brasileira, a fim de que, por meio desse instrumento, materialize as políticas públicas necessárias à consecução de seus primazes objetivos. E essa missão conferida pela Constituição pode ser perfeitamente sintetizada nas ações da Administração Pública, voltadas à prestação de um serviço público adequado, eficiente e satisfatório para a sociedade brasileira.

Nessa linha, o princípio da eficiência foi erigido, através da Emenda Constitucional n. 19, de 1998, como um daqueles de imprescindível observância não apenas para o gestor público, mas, igualmente, a todos os agentes administrativos.

A positivação, nesses aspectos, restou materializada no “caput” e no inciso XXI, ambos do artigo 37 do texto constitucional, mediante a seguinte redação:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº. 19, de 1998)

[...]

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

Dessa previsão constitucional, nos termos do transcrito inciso do aludido artigo, decorre a obrigatoriedade – como regra geral – de licitação para a realização da contratação – de bens e serviços -, pelo Poder Público¹.

Assim, é razoável afirmar ser a licitação campo fértil à incidência do princípio da eficiência, assim como os demais previstos no *caput* do transcrito artigo 37 da Constituição. E isso porquanto os princípios mencionados no *caput* do artigo incidem e norteiam a atividade administrativa cuja previsão vem delineada em seus incisos e parágrafos, consoante será demonstrado no segundo capítulo.

O aludido princípio pode ser objetivamente conceituado nas palavras de Alexandre de Moraes (2001, p. 312):

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

¹ Veja-se ter a Lei n 8.666/93, excepcionado a regra geral da licitação, em seus artigos 24 e 25 que autorizam aquisições e contratações mediante sua dispensa ou inexigibilidade, respectivamente.

E essa é a realidade que, além de permitir, demanda seja a interpretação das regras próprias da licitação efetivada com base nesse constitucional princípio.

Isso significa, em outras palavras, materializar as ações estatais mediante o uso racional e otimizado dos poucos recursos financeiros disponíveis almejando, sempre, o incremento e a melhoria na qualidade dos serviços prestados.

Adiante, no capítulo terceiro, é apresentada a legislação infraconstitucional pertinente à matéria, com evidente destaque para as leis números 8.666, de junho de 1993, e 10.520, de maio de 2002. A primeira trata das normas gerais de licitação e contratos da Administração Pública, aplicáveis, por força do previsto no artigo 22, inciso XXVII, da Constituição, a todos os entes da federação. Entretanto, isso não inibe a função legislativa dos demais entes, estados, Distrito Federal e municípios, acaso entendam pertinente regulamentar, de forma especial, parcela dos procedimentos vinculados às tradicionais modalidades de licitação prevista nessa Lei, igualmente nominada de Lei geral de licitações e contratos administrativos. As referidas modalidades clássicas, vale mencionar, são a concorrência, a tomada de preços, a carta-convite, o concurso e o leilão, todos disciplinados na citada Lei.

A segunda, a Lei do pregão, resulta da conversão da Medida Provisória nº. 2.026, de 2000 – e subsequentes -, e difundiu, para a Administração, sem a anterior e impertinente restrição de uso do instituto pela União, a nova modalidade denominada pregão. Mencione-se, por pertinente, já se ter em 1997, autorizado o uso do pregão como modalidade licitatória pela Agência Nacional de Telecomunicações, nos termos de sua Lei regulamentadora.

No próximo capítulo, reforça-se o indissociável vínculo entre a legalidade e a eficiência, no intuito de revelar a imprescindibilidade da ampliação do espaço de incidência desse último. Além disso, almeja-se demonstrar a necessidade de uma interpretação sistemática das previsões do texto constitucional e legal quando aplicados ao caso concreto pelo ordenador.

No exercício dessa tarefa, cabe acautelar o leitor, não se pretende incentivar a desobediência à legalidade. Entretanto, intenta-se argumentar não ser viável, diante dos relevantes e positivos resultados das licitações executadas na modalidade pregão, seguir observando, no instante de eleger a modalidade, a estrita legalidade. Ela deve persistir, mas

de forma parcimoniosa, inibindo sua eficácia na exata medida necessária para que a eficiência se possa materializar.

Neste capítulo, assim como no anterior, foram inseridos breves comentários acerca do texto do Projeto de Lei nº. 7.709, de 2007, pelo qual se modificará a Lei geral de licitações e contratos, em razão da implantação do programa de aceleração econômica do Executivo federal.

Dentro do texto busca-se, ainda, revelar a perceptível evolução da jurisprudência pátria, no que concerne ao elástico do conceito de serviços comuns. Fica evidenciado, por meio dos precedentes colacionados, a utilização do pregão para a contratação de objetos antes definidos como complexos ou, no mínimo, incomuns.

Espera-se demonstrar a viabilidade da contratação de empresa para prestar os serviços de desenvolvimento de um novo *software*, para que exitoso, adequada e oportunamente utilizado para o aprimoramento da prestação jurisdicional no âmbito dos juizados especiais federais, por exemplo, mediante a utilização do pregão.

E isso porquanto da interpretação sistemática dos preceitos constitucionais, cotejada com a viabilidade de dimensionamento dos quesitos técnicos do objeto, a ser aferido em seu microcontexto, advém lógica conclusão para necessidade de utilização do pregão, em detrimento de outra modalidade. Assevera-se, ainda, ser tal opção um verdadeiro ato vinculado a que está sujeito o administrador, não podendo ele, sob pena de responsabilidade, nesse contexto, relegar a nova modalidade licitatória.

E essa é a grande questão proposta nessas linhas: a aplicação do princípio da eficiência permite, na licitação modalidade pregão, seja a natureza comum do serviço aferida a partir do seu microcontexto?

Eis a dicotomia que se tentou equacionar: a preservação da legalidade estrita ou o reconhecimento, mesmo que tardio, na necessidade de interpretação sistemática dos preceitos constitucionais.

1. O PODER JUDICIÁRIO COMO REALIZADOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS NECESSARIAS PARA GARANTIR O ACESSO E A EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA

A Constituição Federal estabelece serem Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, esta é a letra do artigo segundo a Carta Política (Anexo I).

Adiante, em seu artigo terceiro, acerca dos objetivos fundamentais da República, menciona em seu inciso I, dentre outros, a construção de uma sociedade justa.

Sem dúvida pode-se afirmar ser a busca por justiça uma característica nitidamente perceptível na sociedade brasileira contemporânea. E, se tal desiderato não lhe é ínsito e, portanto, verdadeiro, deve-se admitir sua existência, senão como objetivo utópico, no mínimo, como figura recorrente nos discursos dirigidos à população.

Pois bem, percebendo-se ser a justiça um constitucional objetivo da República, da conjugada leitura dos artigos segundo e terceiro da Constituição, antes mencionados, é razoável afirmar ter havido expressa atribuição para o desenvolvimento dessa responsabilidade ao Poder Judiciário, de forma primaz e, igualmente, por certo, aos demais Poderes.

Dessa forma, a Constituição ao tratar, no seu Título II, dos direitos e garantias individuais, houve por bem inserir em seu artigo quinto uma gama de preceitos hábeis a refletir, não o mero manejo, mas as ferramentas imprescindíveis para que o cidadão pudesse exercitar direitos necessários à realização da justiça por ele almejada. Além disso, é expressa no sentido de afastar eventuais obstáculos a impedirem ou reduzirem o acesso do cidadão ao Judiciário. Sobre o tema, assevera Alexandre de Moraes:

Importante, igualmente, salientar que o Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade da ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue. (MORAES, 2003, p. 103).

Dentre tais ferramentas, destaca-se aquela constante no inciso LV, citado anteriormente, segundo a qual “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos

acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Note-se ser cristalina a letra da Constituição quando determina sejam assegurados ao cidadão – por óbvio - os meios e recursos inerentes ou essenciais ao exercício da ampla defesa e do contraditório. Isso nada mais é, vale ressaltar, do que a materialização do princípio do devido processo legal. O mesmo autor, citado linhas acima, externa similar raciocínio formulando, ainda, adequado conceito para a expressão constitucional *ampla defesa* e indicando a necessidade de sua observância no processo administrativo.

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado - persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção de amplas provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).

O devido processo legal tem como corolários a *ampla defesa* e o *contraditório*, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, conforme o texto constitucional expresso (art. 5º, LV). Assim, embora no campo administrativo, não exista necessidade de tipificação estrita que subsuma rigorosamente a conduta à norma, a capitulação do ilícito administrativo não pode ser tão aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa, pois nenhuma penalidade poderá ser imposta, tanto no campo judicial, quanto nos campos administrativos ou disciplinares, sem a necessária amplitude de defesa. (MORAES, 2003, p. 123)

E é em decorrência desse quadro, cotejado com a previsão, também de *status* constitucional, acerca da autonomia financeira e administrativa do Judiciário, conforme prevê o artigo 90 da Constituição, que se pode afirmar sobre a sua competência e responsabilidade, como poder estatal, em agente implementador de políticas públicas voltadas, exclusivamente, para facilitar e garantir o aludido acesso e a efetivação da prestação jurisdicional à população².

Ao exercício desse mister, corolário de sua essencial atividade de prestar a jurisdição, o Judiciário age como verdadeiro agente administrador de recursos públicos que lhe são alcançados em razão, justamente, da mencionada autonomia administrativo-financeira³. Essa autonomia, acrescente-se, reveste-se de verdadeira garantia à independência do Judiciário como um dos poderes do estado democrático brasileiro.

Ocorre que, a fim de bem julgar e, mais do que isso, julgar de forma efetiva e útil para os demandantes, o Judiciário necessita de edificações, prédios, recursos humanos e

² Interessante artigo sobre a atuação proo-ativa do Poder Judiciário contra a morosidade da Justiça foi lavrado por Alexandre de Moraes (2006).

³ Cf. MORAES, 2003, p.448 e 449.

tecnológicos, equipamentos e mobiliário, materiais de expediente, limpeza e conservação, dentre outros tantos bens e serviços imprescindíveis à consecução de seu constitucional objetivo.

Exemplo disso é a necessidade de contratação de bens e serviços para o adequado funcionamento e efetividade da prestação jurisdicional realizada no âmbito dos juizados especiais cíveis e criminais da Justiça Federal, instituídos pela Lei nº. 10.259, de 12 de julho de 2001. De acordo com a Coordenadoria dos Juizados Especiais Federais da 4ª Região, vinculada ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região⁴, “os Juizados Especiais Federais foram criados a fim de que seja possível oferecer uma justiça mais ágil e eficaz. Buscam simplificar e diminuir etapas processuais, além de reduzir o número de recursos encaminhados aos tribunais”⁵.

Nessa senda, a contratação de serviços necessários ao aprimoramento daqueles prestados nos juizados especiais federais pode ser mencionado como verdadeiro exemplo de implementação de política pública pelo Judiciário federal. E essa dimensão revela outra grandeza, verdadeiramente voltada ao ideal da busca de justiça, quando se percebe ser por meio dos juizados especiais federais, prestada e efetivada, hoje, a nominada jurisdição “de massa”.

Em razão dessa peculiar característica, os juizados especiais federais demandam investimentos financeiros cuja magnitude é hábil a refletir um nível socialmente irracional de gastos⁶. Todavia, sob o prisma social, tais investimentos, voltados ao aperfeiçoamento dos recursos humanos e materiais, assim como da tecnologia da informação dessa parcela do Judiciário, espelham verdadeira atenção ao mandamento constitucional do direito ao processo judicial e administrativo findos em prazo razoável. Mais do que isso, revelam conduta estatal que se coaduna com a previsão dos incisos I e IV do artigo terceiro da Constituição, indicadores dos objetivos da República, *in casu*, a construção de uma sociedade justa e que almeja a promoção do bem de todos.

⁴ Destaca-se que os Tribunais Regionais Federais são órgãos do Poder Judiciário conforme o artigo 192, inciso III, da Constituição Federal.

⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Institucional. COJEF. Disponível em: <http://www.trf4.gov.br/trf4/institucional.php?id=jefs_apres>. Acesso em: 22 fev. 2007. Mudar para e somente no texto.

⁶ Interessante argumento sobre uma das possibilidades de classificação da racionalidade, ou falta dela, no investimento de recursos públicos é formulado por Misoczky (2001)

Assim, não obstante o objetivo deste trabalho seja revelar a necessidade da incidência do princípio da eficiência na interpretação – e aplicação jurídica, portanto - da expressão *serviços comuns*, contida no parágrafo único do artigo primeiro da Lei nº. 10.520, de 17 de julho de 2002, convém tecer breve esclarecimento sobre a eficiência, vista como meta da ciência da Administração, esperada ou mesmo derivada dos investimentos públicos realizados pelo Judiciário no exercício de seu mister.

Para tanto, permite-se reportar ao lúcido argumento exposto por Misoczky (2001), no sentido de ser imprescindível aferir quanto à pertinência de se adotar, no setor público, um modelo gerencial estritamente dirigido, a exemplo do que ocorre no setor privado, para a obtenção e maximização do lucro. Talvez esse norte possa ser perseguido por entidades da administração indireta, tais como aquelas especificamente criadas para a intervenção no domínio econômico. Contudo, essa linha de proceder se afigura inaplicável ao Judiciário, ao menos em seu maior grau como esperado por alguns setores de planejamento e execução orçamentária, principalmente do Executivo.

Com efeito, sendo a estrutura administrativa do Judiciário inserida em um contexto do qual se espera seja irradiada a certeza – ou busca dela - quanto à realização da justiça, no tempo e na forma preconizados pela Constituição, parece razoável concluir não ser a eficiência administrativa⁷ de seus investimentos financeiros, como mecanismo da implementação de suas políticas públicas, o referencial ideal para mensurar o atingimento de seu objetivo. E isso porquanto, sendo peculiar o objetivo do Judiciário – a efetivação da justiça – peculiar é, igualmente, o resultado das políticas por ele executadas. Em consequência, outros são os quesitos hábeis a aquilatar a eficiência, a produtividade do Judiciário, tais como o tempo de tramitação da ação judicial e o quantitativo de recursos apresentados.

Assim, conforme Misoczky (2001) possa haver “muito sentido e beleza em organizações voltadas para a disseminação de práticas democráticas e de justiça social”, isso não significa deva ser descompromissada a atuação administrativa do Judiciário. Nesse sentido, quer-se afirmar sobre a sua responsabilidade pela adequada destinação dos recursos que lhe são disponibilizados os quais devem sim, ser otimizados para que os objetivos pretendidos sejam percebidos pelos cidadãos e superados, em seguida, no intuito de

⁷ Eficiência, aqui, vista como o menor custo financeiro entre o custo e o benefício.

aperfeiçoar-se, cada vez mais, a prestação jurisdicional. Exemplo disso é a pretendida virtualização dos processos judiciais, principiando-se pelos da competência dos juizados especiais, visando-se a imprimir agilidade e economia no seu processamento, seja em primeiro grau, seja no âmbito das turmas recursais.

Ao exercício dessa árdua tarefa, geralmente imposta pela escassez de recursos nos cofres do poder público brasileiro, parece ser útil e até mesmo conveniente a presença de uma figura como a do “burocrata maximizador de recursos” referida por Misoczky (2001).

Essa maximização, nesse quadro, é essencial para que o Judiciário como agente implementador de políticas públicas, logre êxito em sua missão de prestar a – efetiva – jurisdição. E isso mormente diante de sua obrigação constitucional, como integrante da Administração direta do Estado, de realizar licitação para a aquisição de bens ou a contratação de serviços, nos termos do artigo 37, *caput* e inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, conforme será demonstrado no capítulo seguinte.

2. A NECESSIDADE DA LICITAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO COMO MEIO PARA IMPLEMENTAÇÃO DE SUAS POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

2.1. A previsão constitucional: histórico e conceito

Conforme referido no capítulo anterior, a prestação de uma jurisdição efetiva demanda um agir do Judiciário voltado ao atendimento de suas necessidades, concernentes à disponibilização de recursos materiais e humanos, na quantidade e com qualidade suficiente para o exercício de sua missão constitucional.

Dessa forma, tendo-se em mente, ainda, o anterior exemplo dos juizados especiais federais, o mobiliário lá existente, os equipamentos de informática, o material de expediente e limpeza, os *softwares* e programas utilizados pela justiça, são adquiridos ou contratados mediante licitação, em atenção ao mandamento contido no artigo 37, *caput* e inciso XXI, da Constituição Federal. Note-se serem tais recursos, humanos e materiais, imprescindíveis para que todas as unidades do Judiciário – foros e tribunais – possam desempenhar suas atribuições.

Tal dispositivo, prosseguindo, erigiu a licitação como mecanismo e regra geral para a aquisição de bens ou contratação de serviços pela Administração Pública brasileira. A positivação, nesses aspectos, restou materializada no “*caput*” e no inciso XXI, ambos do mencionado artigo 37 do texto constitucional, mediante a seguinte redação:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº. 19, de 1998). [...]

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

Dallari (2006, p. 89-90) esclarece derivar o signo *licitação* de uma evolução da utilização do vocábulo *concorrência*, então previsto no Código de Contabilidade da União, vigente a partir de meados do século passado. A inovação legislativa ocorrida a partir de 1967, por meio do Decreto-Lei nº. 200⁸, pretendendo aperfeiçoar a sistemática de aquisições do Poder Público, transmutou o gênero – *concorrência* – para espécie de licitação, a ela acrescentando as demais figuras, hoje inseridas no texto da Lei geral de licitações e contratos administrativos, a Lei nº. 8.666, de junho de 1993⁹.

Registre-se ter persistido, até outubro de 1988, data em que promulgado o texto constitucional vigente, controvérsia relativamente à competência dos entes da federação para legislar em matéria de licitação. Ocorre que, independentemente dos antes referidos decretos-lei, a Carta de 1967 foi, em seu artigo 8º, de singular vagueza ao enfrentar o tema. Dessa forma, a posterior Lei nº. 5.456, de junho de 1968, encontrou resistência para sua aplicação, porquanto determinou fossem seguidas pelos estados e municípios, as prescrições do Decreto-Lei nº. 200, este de 1967.

Com efeito, diante da ausência de clareza da lei fundamental do período de exceção, a obediência e aplicação dos institutos permaneceu frágil, mesmo após o ingresso do Decreto-Lei nº. 2.300, de novembro de 1986.

Entretanto, a segurança jurídica passou a se consolidar após a edição da Constituição de 1988, espelhando, além dela, importantes referenciais a Lei nº. 8.666, de junho de 1993 e, principalmente, a Emenda Constitucional n. 19, de junho de 1998. Esta, cumpre consignar, dentre outras relevantes inovações, modificou a redação do inciso XXVII do artigo 22 e do *caput* do artigo 37 da Constituição de 1988. Da alteração no artigo 22, restou cristalizada a previsão sobre a competência privativa da União para legislar acerca de normas gerais de licitação e contratos. E, no artigo 37, em virtude da indicada Emenda Constitucional n. 19, foi inserido, ao lado dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, o da eficiência, como balizador do agir da Administração. Assim, a validade e a eficácia das normas gerais, bem como a observância ao novel princípio foi prevista para a Administração pública direta e indireta, de quaisquer dos poderes dos entes que integram a federação.

⁸ E repetidas no Decreto-lei n. 2.300, de 1987, e na Lei n. 8.666, de 1993.

⁹ Para maiores detalhes sobre a origem e o jurídico significado do termo *licitação*, conferir Dallari, 2006, p. 89-90.

Avançando, quanto ao conceito jurídico do signo “licitação”, Maria Sylvia Di Pietro, alinhava-o a partir da idéia preconizada pelo argentino José Roberto Dromi:

Aproveitando, parcialmente, conceito de José Roberto Dromi (1975:92), pode-se definir a licitação como o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato. (DI PIETRO, 2006, p. 348).

Já para Marcelo Figueiredo (2000, p.402), a “licitação é o procedimento administrativo formal que visa a selecionar o melhor contratante para a Administração, que lhe deverá prestar serviços, construir-lhe obras ou fornecer-lhe bens”. Ely Lopes Meirelles, citado por Figueiredo (2000, p.402), define-a como o “procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse”. Igualmente, Adilson Abreu Dallari (2006, p. 217) define-a como um procedimento “unilateral, discricionário, destinado à seleção de um contratante com a Administração Pública para a aquisição ou a alienação de bens, a prestação de serviços e a execução de obras”.

A principal questão a refletir ausência de sintonia na essência dos conceitos disseminados na doutrina foi percebida por Figueiredo (2000, p. 403) e diz com a característica da “discricionarietà” preconizada por Dallari. Ocorre que, tendo-se em mente que ao administrador somente é dado agir em conformidade com a lei¹⁰, ou seja, apenas pode fazer o que ela permite, o conceito do insigne jurista irradia eficácia quando essa discricionarietà for compreendida no hiato reservado, pela lei, ao seu intérprete e aplicador. Não sendo assim, é de se concordar com a corrente majoritária, no sentido de ser a licitação vinculada – à lei, por certo.

Além disso, Marçal Justen Filho (2005, p. 42) corrobora a idéia de que “a licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública”. Note-se que, conforme ventilado pelo eminente administrativista citado (2005, p. 43), a licitação não contém um fim em si mesma, espelhando mero procedimento do qual se vale a Administração para concretizar os variados objetivos constitucionais que lhe foram

¹⁰ É o próprio Dallari (2006, p. 1) quem reconhece não ser a Administração “senhora absoluta dos interesses que lhe são confiados”.

atribuídos. Em consequência disso, a observância ao formalismo por ela demandado não pode conduzir o aplicador à esdrúxula situação de malferimento à igualdade ou sacrifício ao primaz interesse coletivo. Em outras palavras, a forma não deve ser obstáculo ao vencimento de pequenos vícios ou defeitos constantes nas propostas e que, acaso rechaçados em razão daquela, ensejariam maior prejuízo à sociedade e, por certo, ao erário¹¹. Em sintonia, reproduz-se abaixo, por pertinente à compreensão do tema, o entendimento do mesmo autor supramencionado, quanto aos limites do formalismo derivado da licitação.

De modo geral, a vantagem buscada pela Administração deriva da conjugação dos aspectos da qualidade e da onerosidade. Significa dizer que a Administração busca a maior qualidade da prestação e o maior benefício econômico. As circunstâncias determinam a preponderância de um ou outro aspecto. No entanto, sempre ambos estão presentes.

[...]

A licitação busca realizar dois fins, igualmente relevantes: o princípio da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa. Se prevalecesse exclusivamente a idéia da “vantajosidade”, a busca da “vantagem” poderia conduzir a Administração a opções arbitrárias ou abusivas. Enfim, poderia verificar-se confusão entre interesses primários e secundários da Administração.

É certo que a Administração deverá obter a proposta mais vantajosa. Mas selecionar a proposta mais vantajosa não é suficiente para validar a licitação. A obtenção da vantagem não autoriza violar direitos e garantias individuais, portanto, deverá ser selecionada a proposta mais vantajosa mas. Além disso, têm de respeitar-se os princípios norteadores do sistema jurídico, em especial o da isonomia. Por mais vantajosa que fosse a proposta selecionada, não seria válida licitação que violasse direitos e garantias individuais. (Justen Filho, 2005, p. 42).

Estabelecida essa razoável barreira ao formalismo, vale mencionar que dessa previsão constitucional do inciso XXI do artigo 37 da Constituição¹², também deriva a obrigatoriedade – como regra geral – de licitação para a realização da contratação – de bens e serviços -, pelo Poder Público¹³. Essa obrigatoriedade, da qual deriva a prática de atos vinculados do administrador, tendentes à realização da licitação, nada mais é do que a singular exteriorização – perceptível por meio dos atos administrativos adotados pelo órgão – dos efeitos irradiados pelo preceito constitucional. Em outras palavras, é a materialização

¹¹ Em sintonia, a proposta de inserção do parágrafo oitavo ao artigo 109, da Lei n. 8.666/93, contida no Projeto de Lei nº. 7.709/2007, da Presidência da República, ao qual sugerido o seguinte teor: “Não caberá recurso contra o julgamento da habilitação e das propostas, nos casos de erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica saneados pela Comissão ou pregoeiro, mediante decisão fundamentada e registrada em ata”.

¹² O artigo 175 da Constituição acrescenta a obrigatoriedade de licitação para as concessões e permissões de serviço público. Todavia, por não ser objeto deste estudo, deixa-se de mencioná-las em maior profundidade.

¹³ Veja-se ter a Lei nº. 8.666/93, excepcionado a regra geral da licitação, em seus artigos 24 e 25 que autorizam aquisições mediante sua dispensa ou inexigibilidade, respectivamente.

de sua cogência, ou seja, a necessidade de sua observância compulsória e universal, conforme indica José Torres Pereira Junior (2003, p. 19). Disso decorre, portanto, o dever de licitar a ser observado pelos integrantes da Administração pública direta e indireta, cujo detalhamento encontra-se previsto no conteúdo da legislação infraconstitucional vinculada ao referido artigo 37 da Constituição Federal. Trata-se, hoje, em essência, das leis números 8.666, de junho de 1993, e 10.520, de maio de 2002, as quais serão objeto de análise no capítulo seguinte.

Enfim, no corpo do debatido artigo 37 da Constituição, constam os princípios gerais expressos (BOBBIO,1997) da licitação, ou certame, a serem observados pelos agentes da Administração quando do exercício de atividades ou atos visando ao aperfeiçoamento da regra do inciso XXI, do mesmo dispositivo constitucional. São eles: o da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e, por fim, o da eficiência.

2.2. Os princípios constitucionais da Impessoalidade, Moralidade, Publicidade, Legalidade e Eficiência

Dos cinco princípios referidos, quatro deles constavam no texto do *caput* do artigo 37 da Constituição deste o seu nascedouro, em 1988. O da eficiência, todavia, somente recebeu dignidade constitucional expressa na década seguinte quando, em 1998, a redação do dispositivo restou modificada por meio da Emenda Constitucional nº. 19.

No que concerne à definição de princípio, concorda-se integralmente com aquele proposto pelo eminente Geraldo Ataliba, oportunamente lembrado por Dallari (2006, p. 5), para quem os princípios “são as linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos).” Veja-se encerrar essa primeira parte do conceito uma objetiva vinculação para os agentes administrativos, mais do que uma faculdade, portanto, um poder-dever no exercício de suas atribuições. Adiante, a definição, igualmente referida por Dallari (2006, p. 5), é arrematada pelo insigne jurista Ataliba, o qual alinhava expressarem os princípios “a substância última

do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da Administração e da jurisdição. Por estas não podem ser contrariados; têm que ser prestigiados até as últimas conseqüências.” Esse preceito encontra eco no irretocável raciocínio desenvolvido por Bobbio (1997, p. 58), especialmente quando formula a magistral idéia da norma fundamental não-expressa, qualificando-a de “pressuposto da nossa obediência às leis que derivam da Constituição, e à própria Constituição”¹⁴. Daí, por conseguinte, a inequívoca relevância dos princípios à compreensão, interpretação e aplicação do ordenamento jurídico – uno e sistemático.

Revestem-se os princípios, em verdade, de uma peculiar natureza, sendo razoável afirmar acerca de sua preponderância sobre as demais normas¹⁵, mormente diante de sua ausência ou eventuais lacunas ou antinomias. Mais do que isso, é inviável conceber, ante a necessidade de coerência do ordenamento, como sistema, a edição de uma norma veiculando dispositivo cujo teor esteja em desconformidade com um princípio. Neste sentido a lição de Figueiredo (2001: 37), acrescentando a impossibilidade de existir previsão contida em nova norma, capaz de contrariar, igualmente, garantia fundamental anteriormente contemplada na Constituição.

Nesse contexto, definido e sucintamente indicada a sua primaz finalidade, cumpre tecer breve comentário acerca de cada um dos cinco constitucionais princípios¹⁶ norteadores do procedimento licitatório brasileiro, de estrita observância, não apenas para o gestor público, mas, igualmente, a todos os agentes administrativos.

Vejamo-os, nessa senda, um a um, enfatizando os da legalidade e eficiência, porquanto a meta destas singelas linhas é suscitar o debate sobre a medida – se é que isso é possível – da eficácia de ambos, quando aplicados, pelo intérprete, à luz da doutrina e jurisprudência pátrias, ao conceito de serviços comuns a que se refere o artigo 1º, parágrafo único, da Lei n. 10.520, de maio de 2002.

2.2.1. Princípio da Impessoalidade

¹⁴ Para o jurista italiano a norma fundamental sobrepuja as regras constitucionais (BOBBIO, 1997).

¹⁵ Sobre a distinção jurídica entre regras, normas e princípios, consultar Bobbio (1997).

¹⁶ Em verdade, como oportunamente referido por Figueiredo (200, p. 39), os princípios, mais do que da licitação, são da Administração Pública brasileira.

A impessoalidade, de pronto, conduz à igualdade. E com acerto, porquanto em se tratando de licitação, deve a Administração estabelecer critérios objetivos para a condução e avaliação do procedimento¹⁷. Figueiredo (2001: 58), valendo-se dos termos propostos por Aurélio Buarque de Holanda, com propriedade que lhe é peculiar, sintetiza ser a impessoalidade uma qualidade apta a gerar um “julgamento desapassionado, que não sacrifica a sua opinião à própria conveniência, nem às de outrem”.

Por fim, o eminente Marçal Justen Filho, entende ser a impessoalidade verdadeira

[...] emanção da isonomia, da vinculação à lei e ao ato convocatório e da moralidade. Indica vedação a distinções fundadas em caracteres pessoais dos interessados. [...] Exclui o subjetivismo do agente administrativo. A decisão será impessoal quando derivar racionalmente de fatores alheios à vontade psicológica do julgador. A impessoalidade conduz a que a decisão independa da identidade do julgador. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 52).

2.2.2. Princípio da Moralidade

De início, sobre uma das searas de incidência deste princípio, consoante registrado por Figueiredo (2001, p. 51), convém trazer à baila o pertinente escólio do Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, para o qual a licitação estava sujeita, dentre outros pontos, “à ordem moral, meta-jurídica”. Nesta linha, Di Pietro (2006, p. 355) vincula a moral, como não poderia deixar de ser, à honestidade. Essa característica, sem dúvida, é a basilar para o reconhecimento da moral, da boa moral. E boa no exato sentido de ser, somente por isso, perseguida. Deve, igualmente, contaminar toda a Administração Pública, por meio de boas práticas administrativas, do zelo e da cautela no trato da *res publica*. Esta, vale sempre lembrar, ao revés do que pensam alguns, não é de ninguém, mas sim de todos e por esse singelo motivo não pode ser impune e indevidamente apropriada.

Essa breve asserção cumpre o papel de atrelar moralidade à improbidade¹⁸. A probidade é a honradez, a citada honestidade, é a boa moral, a integridade e retidão de

¹⁷ Cf. Di Pietro, 2006, p. 355.

¹⁸ Sobre improbidade, vide o tipo na Lei n°. 8.429 de 1992.

caráter¹⁹. Em conseqüência, improbidade e, portanto, também a imoralidade, podem ser definidas como a ausência do conjunto dessas qualidades ou, pior do que isso, a presença de seus reversos.

Figueiredo (2001, p. 52), de maneira acertada, sintetiza asseverando ser a moralidade o “conjunto de regras de conduta da Administração que, em determinado ordenamento jurídico, são consideradas os *standards* comportamentais que a sociedade deseja e espera”. De fato, a moralidade encerra, ou melhor, deve ter o condão de refletir o proceder, o comportamento, esperado dos servidores públicos e daqueles que com o Poder Público tentam contratar.

Um comportamento ético, moral e probo é esperado, pela sociedade, de todos os que mantêm vínculo com a Administração Pública. Entretanto, cabe ressaltar que essas qualidades devem estar definitivamente presentes naqueles que laboram, praticam, cotidianamente, atos relacionados aos procedimentos licitatórios, porquanto deles, ao final, resultará o contrato necessário para respaldar a execução de um serviço – por exemplo – e, em contrapartida, justificar um desembolso financeiro dos cofres. Eis o porquê do *plus* na responsabilidade do agir de tais servidores ou agentes políticos.

Essa percepção parece estar em processo de internalização pela Administração. Com efeito, analisando-se os termos da exposição de motivos nº. 272/2006, lavrada pelo Sr. Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão, e concernente ao projeto de lei nº. 7.709/2007, cujo objeto diz com a modificação da Lei nº. 8.666/93, infere-se ter sido nele, em seu item 9, alínea *h*, aposta a necessidade de

[...] inclusão de dispositivo que impossibilite de participar em licitações públicas pessoas físicas e/ou jurídicas que tenham praticado atos contrários à ordem pública e sejam declaradas suspensas de licitar e contratar, ainda que participantes de outra pessoa jurídica; [...].

O texto exculpa a retificação sugerida, no projeto, para o teor do artigo 87, parágrafo aplicando, em verdade, no tema das licitações, a teoria da despersonalização da pessoa jurídica, já amplamente adotada pelo Direito Penal brasileiro, especialmente para os sujeitos ativos de crimes perpetrados contra as ordens tributária e social²⁰. É elogiável a pretendida retificação, porquanto reconhece ser, na maior parte das vezes em que praticados atos ímprobos, imorais ou inidôneos contra a Administração, atingido tal objetivo mediante

¹⁹ Cf. Cervo, 2006, p. 12.

²⁰ Sobre esses crimes, vide as leis números 8.137/1990 e 8.212/1991.

a utilização de uma pessoa jurídica. A alteração, portanto, reconhece ser ela, unicamente, o mecanismo pelo qual uma ou um grupo de pessoas físicas executa seus objetivos, nem sempre escorregiosos. Solidariza, portanto, a responsabilidade pelo ato lesivo, antes restrito à pessoa jurídica, aos integrantes da administração da empresa. A nova redação do parágrafo quarto do artigo 87 da Lei nº. 8.666/93, consoante o artigo 1º do aludido projeto, está proposta nos seguintes termos:

As sanções previstas nos incisos III e IV aplicam-se também aos diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas de direito privado contratadas, quando praticarem atos com excesso de poder, abuso de direito ou infração à lei, contrato social ou estatutos, bem como na dissolução irregular da sociedade.

Assim, embora ainda em debate, a proposta de modificação legislativa vai ao encontro do que se preconizou acima, quanto à necessidade de atenção ao princípio da moralidade.

2.2.3. Princípio da Publicidade

A publicidade, além da diretriz irradiada do próprio termo, revela a intenção de permitir a adequada e regular fiscalização dos atos da Administração Pública, imprimindo a eles a necessária transparência. Esse, entretanto, e conforme Justen Filho (2005, p. 54), é apenas uma de suas finalidades. A outra, de igual ou superior relevância, diz com a universal participação, no procedimento, dos eventuais interessados. Incrementa, em suma, a competitividade do certame. Esse matiz, igualmente mencionado por Di Pietro (2006, p. 356), restou acrescido do argumento relativo à observância da proporcionalidade, na publicidade, tanto quanto for a competição dela esperada. Em outras palavras, dependendo do objeto, a Administração irá optar por uma específica modalidade e, quanto maior a competição dela decorrente, maior deverá ser a publicidade conferida aos atos administrativos a ela pertinentes.

Nessa senda, do já referido projeto de lei nº. 7.709/2007, consta uma significativa evolução do sistema hoje vigente, no que concerne à publicidade. Isso decorre, certamente,

mais do que pela referida economicidade²¹, nos termos da justificativa nele constante, por um caminho trilhado sob à luz da transparência. Ocorre que, sem sombra de dúvidas, a *internet* é, hoje, um dos meios mais democráticos e, por isso, universais, de acesso à informação. Senão o maior deles, por certo imprime maior facilidade de consulta quando cotejado com a imprensa oficial. De fato, essa, seja em sua tradicionalíssima versão impressa – a qual tem ônus para os interessados -, ou mesmo em seu formato eletrônico²², não terá a mesma abrangência ou alcance da disponibilização, pelos órgãos da Administração Pública, de *links* em seus sítios, para consulta, informação e pesquisa sobre os certames por ela desencadeados. A proposta de modificação no texto do artigo 21 da Lei nº. 8.666, de junho de 1993 – em seus parágrafos quinto e sexto -, assim, é hábil a universalizar o acesso e a publicidade dos atos da Administração Pública, no que tange às suas licitações.

2.2.4. Princípio da Legalidade

Tratando a Administração pública de realizar uma licitação, em conformidade com o comando do artigo 37, *caput* e inciso XXI, da Constituição Federal, deve fazê-lo em observância à legalidade. E isso não apenas em razão do preceito constitucional mas porquanto e consoante afirma Di Pietro (2006, p. 354), a vinculação do agir do administrador deriva de um verdadeiro direito público subjetivo do administrado, conforme previsto no artigo 4º da Lei nº. 8.666, de junho de 1993, nas seguintes letras:

Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovidas pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm o direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

²¹ O item 7 da justificativa ao projeto de lei n. 7.709/2007 apregoa: “Um dos mecanismos de redução nos custos propostos no projeto consiste na previsão de substituição da publicação na imprensa oficial pela publicação em sítios eletrônicos oficiais da administração, desde que certificados digitalmente por autoridade certificadora credenciada no âmbito da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil”.

²² Confira-se em <<www.in.gov.br>>.

Assim, embora não se possa perder de vista a disseminada noção no sentido de que ao administrador só é dado fazer o que a lei permite, a legalidade em si deve ser encarada e aplicada como algo mais do que essa “mera sujeição” (cf. FIGUEIREDO, 2001, p. 39). Nesse sentido, aponta Marcelo Figueiredo que

[...] o princípio da legalidade não pode ser compreendido de maneira acanhada, de maneira pobre. E assim seria se o administrador, para prover, para praticar determinado ato administrativo, tivesse sempre que encontrar arrimo expresso em norma específica que dispusesse exatamente para aquele caso concreto. (FIGUEIREDO, 2001, p. 39).

Quer-se dizer, em verdade, sobre a necessidade de buscar o aplicador, recursos no ordenamento jurídico²³, como sistema uno e coerente, para solver eventual omissão ou lacuna da lei. Em razão da necessidade de coerência e sistematicidade, aptas a conduzirem um processo de produção do texto legal em conformidade com a Constituição, Moraes (2003, p. 69), após indicar ser tal atividade um monopólio do Legislativo²⁴, apresenta os principais motivos justificadores dessa situação, dos quais se destaca o seguinte:

[...] é o órgão que, em tese, devido a sua composição heterogênea e a seu processo de funcionamento, torna a lei não uma mera expressão dos sentimentos dominantes em determinado setor social, mas a vontade resultante da síntese de posições antagônicas e pluralistas da sociedade.

A asserção pressupõe, sem dúvida, a existência de democrática representação, no Legislativo, de todos os setores da sociedade o que, para fins de aceitação do texto legal como resultado do exercício de uma função estatal legitimamente constituída através do sufrágio universal não será, neste momento, questionada.

Retomando, Figueiredo (2001, p. 42), citando como exemplo, o adimplemento derivado de prestações pessoais ou patrimoniais, qualifica-as, como hipóteses de legalidade estrita. Em outras palavras, busca informar que a prestação será incontroversamente dimensionada com arrimo na previsão legal. Adiante, aproximando a teoria do tema das licitações, invoca a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem “a expressão ‘legalidade’ deve, pois, ser entendida como ‘conformidade ao Direito’, adquirindo então um sentido mais extenso”. Essa abrangência esta a revelar um entendimento do Direito como a integralidade do ordenamento jurídico, qualificado – insiste-se, nas palavras de

²³ Para um aprofundamento sobre a unidade, coesão e sistematicidade do ordenamento jurídico, vide Bobbio (1997).

²⁴ Esta afirmação considera apenas a função típica deste Poder, realizável pelos demais, no exercício de funções atípicas.

Bobbio (1997), pelos caracteres da coesão, unidade e sistematicidade. Maria Helena Diniz, assim, apregoa que

[...] O Direito apresenta lacunas, porém é, concomitantemente, sem lacunas. O que poderia parecer paradoxal se captar o Direito estaticamente. É ele lacunoso, mas sem lacunas, porque o seu próprio dinamismo apresenta solução para qualquer caso *sub judice*, dada pelo Poder Judiciário ou Legislativo. O próprio Direito supre seus espaços vazios, mediante a aplicação e criação de normas. De forma que o sistema jurídico não é completo, mas completável. (DINIZ, *apud* FIGUEIREDO, 2001, p. 43).

Nesse contexto²⁵, o administrador, antes do julgador, não se pode furtar ao dever de equacionar as situações que se lhe apresentam, mormente quando ao processo administrativo restarem oferecidas todas as garantias do processo judicial, nos termos do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal (*cf.* FIGUEIREDO, 2001, p. 42). É que a lei, diante do caso concreto submetido à Administração Pública, pode se revelar desprovida de razoabilidade ou mesmo incompatível frente ao texto constitucional. Em tal situação, Di Pietro (2001, p. 43), assevera que “nesse caso, caberia invocar a sua inconstitucionalidade perante o Judiciário, não sendo dado à Comissão de Licitação deixar de cumpri-la por sua própria conta.” Com isso, entretanto, não se pode concordar, porquanto se revelaria inconcebível transferir um ônus desnecessário ao administrado, quando o dever e a responsabilidade dele derivada, de aplicar a lei ao caso concreto é, em um primeiro momento, da Administração.

Tome-se, por exemplo, o controvertido tema da exigência de comprovação, nos editais de licitação na modalidade pregão, pelos particulares e conforme orientação da Corte de Contas Federal, de atendimento ao processo produtivo básico e observância do direito de preferência, como quesitos para a prestação de serviços ou aquisição de bens de informática. Nada obstante o caráter normativo da respeitável decisão colegiada, uma unidade da Administração, diante do caso concreto e da evidente impossibilidade de atendimento ao preceituado no Acórdão nº. 1.707/2005-Plenário, deixou, motivadamente, de inserir as exigências no instrumento convocatório evitando, assim, a iminente possibilidade de deserção, senão de fracasso do certame. A decisão citada foi publicada na imprensa oficial em novembro de 2005, sendo, em dezembro do mesmo ano, nela divulgado o teor do Acórdão nº. 2138/2005-Plenário. Neste último caso, o colendo Tribunal de Contas da União, em embargos de declaração, revisando seu inicial entendimento,

²⁵ Essa idéia de ordenamento jurídico como sistema dinâmico é desenvolvida por Bobbio (1997).

indicou a desnecessidade de contemplarem os editais que veiculassem objeto similar ao antes referido, as exigências do processo produtivo básico e do direito de preferência. Nada obstante isso e independentemente da agilidade na retificação do entendimento, diversos órgãos da Administração vivenciaram um hiato no qual tiveram de observar a original determinação ou, alternativamente, processarem os seus certames, dela desprovida, suportando, no futuro, a eventual responsabilidade pela decisão.

Nessa linha de entendimento, retomando, Justen Filho observa ser impossível

[...] transformar o procedimento licitatório, desde a fase interna, numa atividade integralmente voltada à lei. Isso acarretaria a necessidade de uma lei disciplinando cada licitação. A estrita e absoluta legalidade tornaria inviável o aperfeiçoamento da contratação administrativa. Uma vinculação assim ampla e exaustiva seria tão prejudicial e indesejável quanto a total liberação do administrador para formalizar o contrato que melhor lhe aprouvesse. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 48)

Essa visão sobre a impossibilidade de uma legalidade estrita, ao menos no que tange à licitação destinada a materializar um registro de preços, parece ser compartilhada por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2005, p. 58), quando afirma que “legalidade não é só o que está previsto na lei, nem em regulamento. Mas, admite-se que para atingir os fins dessas normas o administrador estabeleça procedimentos”. Adiante, o mesmo insigne autor referido, após registrar a evidente margem de integração hoje existente quanto às normas regulamentadoras do sistema de registro de preços, arremata afirmando sobre a importância prática dos princípios.

Nessa linha, não apenas à legalidade, mas igualmente aos demais princípios hábeis a incidirem e orientarem as licitações da Administração Pública brasileira, é pertinente proceder-se em consonância com a doutrina de Justen Filho, segundo a qual

[...] princípios não podem ser examinados isoladamente, aplicando-se a regra hermenêutica da implicabilidade dos princípios. Indica o inter-relacionamento entre princípios, de molde que não se interpreta e aplica um único princípio, isoladamente. Devem considerar-se os princípios conjugadamente e evitar que a aplicação de um produza e ineficácia de outros, tal como abaixo se verificará. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 201)

2.2.5. Princípio da Eficiência

A eficiência já fora erigida como de imprescindível observância pelo administrador público por Hely Lopes Meirelles (1995, p. 90), quando observou que “o dever de eficiência é o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional”. Em seguida, depois de referir acerca da relativa modernidade do princípio, o mesmo Meirelles é veemente ao asseverar que a função administrativa “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”.

Além da doutrina, afirma-se que, antes de 1998, o texto constitucional já fazia indireta alusão ao princípio da eficiência. Alexandre de Moraes reconhece essa circunstância citando Sérgio de Andréa Ferreira, o qual

[...] já apontava a existência do *princípio da eficiência* em relação à administração pública, pois a Constituição Federal prevê que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e *eficiência*, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado (CF, art. 74, II). (MORAES, 2001, p. 29)

Em sintonia, Palhares Moreira Reis (2001), após tecer lúcido comentário sobre a inovação perpetrada através da inovação constitucional de 1998, argumenta que “esta alteração é uma tentativa de ajuste do texto do art. 37 com o disposto no art. 70”, ambos da Constituição. Este último dispositivo constitucional tem a seguinte redação:

A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Assim, destacando o evidente entrelaçamento a ser realçado entre os princípios da eficiência e o da economicidade, Reis acrescenta ser o novel princípio da eficiência, sem qualquer dúvida

[...] completado pelo da economicidade, já no art. 70 desde 1988, o vetor para uma eventual mudança de mentalidade dos participantes do mecanismo burocrático, em todas as áreas e em todos os níveis, que primam em transformar os meios em fins, endear o ‘processo’, num ato fetichista que esquece haver, atrás de uma pretensão administrativa, um ser humano, ou muitos deles, interessados em ver a Administração cumprir sua parte no contrato social. (REIS, 2001)

A interdependência entre os princípios da eficiência e da economicidade, igualmente percebida por Marçal Justen Filho, restou devida e detalhadamente enfrentada por ele quando afirmou que:

A Administração Pública está obrigada a gerir os recursos financeiros do modo mais razoável. O princípio da economicidade pode reputar-se também como extensão do princípio da moralidade.

Significa que os recursos públicos deverão ser administrados segundo regras éticas, com integral respeito à probidade. O administrador não pode superpor eventuais e egoísticos interesses privados ao interesse coletivo. Não se respeita o princípio da economicidade quando as decisões administrativas conduzem a vantagem pessoal do administrador antes do que ao benefício de toda coletividade.

Mas economicidade significa, ainda mais, o dever de eficiência. Não bastam honestidade e boas intenções para validação de atos administrativos. A economicidade impõe adoção da solução mais conveniente e eficiente sob o ponto de vista da gestão dos recursos públicos. Toda atividade administrativa envolve uma relação sujeitável a enfoque de custo-benefício. O desenvolvimento da atividade implica produção de custos em diversos níveis. Assim, há custos relacionados com o tempo, com a mão-de-obra etc. em contrapartida, a atividade produz certos benefícios – também avaliáveis em diversos âmbitos. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 54).

Esse contexto recomenda rápida incursão ao momento em que debatida a proposta da qual derivou a mencionada Emenda Constitucional número 19/98, por meio da qual adquiriu o princípio da eficiência, sua dignidade constitucional. Assim, percebe-se, pelo teor da Mensagem Presidencial número 886, de 23.8.1995, ter sido a inclusão do princípio da eficiência no corpo do texto, motivada, dentre outros, por argumentos visando a

[...] *incorporar a dimensão da eficiência na administração pública*: o aparelho de Estado deverá se revelar apto a gerar mais benefícios, na forma de prestação de serviços à sociedade, com os recursos disponíveis, em respeito ao cidadão contribuinte; *contribuir para o equilíbrio das contas públicas*: as esferas de Governo que enfrentam desequilíbrio das contas públicas disporão de maior liberdade para a adoção de medidas efetivas de redução de seus quadros de pessoal, obedecidos critérios que evitem a utilização abusiva ou persecutória de tais objetivos; e, *enfatizar a qualidade e o desempenho nos serviços públicos*: a assimilação, pelo serviço público, da centralidade do cidadão e da importância da contínua superação de metas desempenhadas, conjugada com a retirada de controles e obstruções legais desnecessários, repercutirá na melhoria dos serviços públicos. (DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL, Seção I, 05.9.1995, p. 21.151)

Tal intenção parece encerrar um conceito de eficiência com alcance diverso daquele concebido – ou esperado - pelo cidadão a perseguir os objetivos fundamentais da República traçados no artigo 3º da Constituição, especialmente os da construção de uma sociedade justa e da promoção do bem de todos. Com efeito, a consideração na insular diretriz indicada reduz a aplicabilidade da eficiência ao mero aferimento do custo *versus* benefício

da ação estatal. Esse rumo foi percebido por Sunfeld, ao registrar o raciocínio de Egon Bockmann Moreira quando este assevera que

[...] a emenda nº 19/98 pretendeu outorgar à Administração Pública uma máxima não jurídica, típica da administração e economia, que se referem basicamente ao desempenho de entes privados. Para tais ciências, o conceito do termo 'eficiência' pertence à relação entre trabalho, tempo, investimento e resultado lucrativo obtido em determinada ação empresarial; é vínculo entre custos e produto final. (SUNFELD, 2000).

Não obstante a aparente fragilidade desse entendimento, mormente no que diz com a sua defesa, é necessário trilhar na busca de uma interpretação razoável e apta a conformar a otimizada utilização dos recursos públicos com a almejada moldura delineada pelas metas inseridas no mencionado artigo 3º da Constituição. Nesse aspecto, tem-se que a solução a emergir do cotejo das duas diretrizes ensejará um agir estatal eficiente e socialmente responsável. Assim, concreta alternativa parece ser aquela proposta por Davi Chicóski, quando consigna ser

[...] preferível adotar o entendimento de que o princípio da eficiência, se por um lado não deve sobrepor-se aos ditames da legalidade, também não pode ser desacreditado, pois atuação estatal eficiente, além de também contribuir para a legitimação do poder, acaba sendo um aspecto da própria legalidade, quando observada de um ângulo material, e corrobora, assim, para a manutenção do próprio Estado Social e Democrático de Direito. (CHICÓSKI, 2004, p. 177)

Essa denotação restou devidamente apreendida e inserida por Moraes em seu detalhado conceito do princípio da eficiência abaixo reproduzido:

Assim, *princípio da eficiência* é aquele que impõe a Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social. Note-se que não se trata da consagração da tecnocracia, muito pelo contrário, o *princípio da eficiência* dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços sociais essenciais à população, visando a adoção de todos os meios legais e morais possíveis para satisfação do bem comum. (MORAES, 2001, p. 312).

Nessa linha o percuciente argumento apresentado por Misoczky (2001), no sentido de que “somente a categoria da cidadania (ainda que a de uma cidadania almejada) pode apoiar a compreensão do papel da administração pública e das possibilidades de ação participativa para o desenvolvimento de políticas sociais inclusivas”, é útil ferramenta para auxiliar na opção interpretativa que melhor se afeiçoa ao traçado do artigo 3º da Constituição. Esse, pois, o usual resultado dos investimentos executados pelo Judiciário, sempre visando ao desenvolvimento de “políticas sociais inclusivas”, tal qual aquela

espelhada pelo conjunto de ações necessárias para o aprimoramento da prestação e efetividade da hoje nominada jurisdição de massa, realizada no âmbito dos juizados especiais federais.

Prosseguindo, ante a aparente antinomia ou conflito percebido entre duas previsões ou, melhor, entre as eficácias irradiadas dos princípios da legalidade e da eficiência, ambas de categoria constitucional, cabe relacionar, adiante, os mecanismos disponibilizados pelo ordenamento, como sistema, necessários para definir, de forma razoável, os limites de incidência de cada uma delas, na seara da licitação.

3. A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Apresentados os princípios constitucionais aplicáveis à licitação, cumpre mencionar sobre a legislação infraconstitucional que a detalha, instituindo modalidades e tipos, assim como estabelecendo o seu procedimento, essencialmente qualificado pela forma.

Nessa tarefa, primeiramente serão expostas breves considerações sobre a Lei n. 8.666, de junho de 1993, a nominada Lei geral de licitações e contratos. Em seguida, adentra-se à verificação da novel modalidade licitatória, o pregão, hoje regulamentado pela Lei nº. 10.520, de maio de 2002, enfatizando-se, quanto a ela, o significado usual e a pretendida interpretação a ser conferida para a previsão “serviços comuns”, inserida em seu artigo primeiro.

3.1. Lei nº. 8.666/93, a Lei geral de licitações e contratos

A Lei número 8.666, de junho de 1993, repita-se, é a Lei geral de licitações e contratos vigente no País, tendo validade e eficácia federal, no que concerne às suas disposições específicas, e, nacional, no âmbito das três esferas – federal, estadual e municipal -, relativamente aos aspectos gerais do procedimento licitatório. Isso deriva, vale gizar, do disposto no artigo 22, inciso XXVII, da Constituição, anteriormente reproduzido, o qual atribuiu competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitações e contratos.

Em consequência, as previsões específicas da citada Lei somente incidirão em estados e municípios, acaso não tenham eles regra própria sobre licitação. Da citada legislação infraconstitucional, convém reproduzir os seguintes dispositivos, úteis à compreensão do objetivo deste estudo:

Art.1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

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

Assim, relevado o que mencionado no capítulo anterior, acerca da vinculação entre os princípios da eficiência ao da economicidade, poder-se-ia crer derivar dessa preliminar premissa, consistente na seleção da “proposta mais vantajosa”, a limitação do agir do Poder Público ao atendimento da regra do menor preço. Em outras palavras, a contratação de serviços, não obstante a sua complexidade seria exclusivamente norteadada pelo menor preço.

Isso inoocorre, entretanto, nas nominadas tradicionais modalidades licitatórias. Nesse ponto, a Lei geral estabeleceu, em seu artigo 22, serem:

[...] modalidades de licitação:

- I – concorrência;
- II – tomada de preços;
- III – convite;
- IV – concurso;
- V – leilão. [...].

O próprio dispositivo prevê, adiante, a definição de cada uma das cinco modalidades. Entretanto, é razoável afirmar, com arrimo no que prescreve o artigo 23, igualmente da Lei n. 8.666/93, ao menos para a concorrência, a tomada de preços e o convite, ser o preço do objeto a ser licitado o relevante fator apto a indicar a modalidade a ser eleita pela Administração Pública.

Além disso, a Lei geral, em seu artigo 45, contemplou a possibilidade de ser o certame materializado nas espécies *técnica e preço* ou *melhor técnica*. Essas espécies ou tipos de licitação, aliados ao do menor preço e do melhor lance ou oferta, formam o conjunto daqueles legalmente admitidos para a consecução dos procedimentos.

Houve, em verdade e diante desse quadro, uma flexibilização, infraconstitucional, da regra concernente à busca da *proposta mais vantajosa*, vista essa como o menor preço, consoante indicado acima, no transcrito artigo 3º da Lei n. 8.666, de junho de 1993. Na prática e em rápida síntese, isso significa que a Administração licitante aceitará o menor preço ofertado dentre aqueles que satisfizeram, previamente, as condições – técnicas ou não -, solicitadas no edital.

Avançando, embora se tenha referido sobre a contratação de bens e serviços pela Administração Pública, cumpre mencionar ser objetivo desta proposta, avaliar o tema concernente aos serviços, cuja definição está aposta no inciso II do artigo 6º da Lei geral, nas seguintes letras:

Art.6º—Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

II – Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais; [...]

Por isso, nas tradicionais modalidades licitatórias a contratação do objeto do qual derivará a referida *utilidade de interesse para a Administração*, a diretriz do menor preço não se impõe quando a modalidade eleita optar por uma dentre os citados tipos de (a) técnica e preço ou, (b) melhor técnica. Ambos os tipos, em conformidade com o preceito do artigo 46 da Lei n. 8.666/93, “serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual”. Em tais casos, percebe-se ostentar a qualidade, nítida primazia em detrimento do aspecto custo, derivando isso, da flexibilização prevista no texto legal. E isso porquanto os serviços de natureza predominantemente intelectual ostentam, por si sós, um diferencial quesito no que concerne qualidade a qual, sem dúvida, lhes é superior em relação aos demais.

A vantagem, neste caso e por tais razões, a orientar o agir administrativo, não seria, de forma primaz, a financeira. Aspectos técnicos, no intuito de resguardarem a necessária qualidade dos serviços a serem oportunamente contratados, terminam por ocupar tal assento. Sobre o tema, contudo, o mestre Marçal Justen Filho (2005, p. 42), alerta para o fato de que “a vantajosidade de uma contratação é um conceito relativo, na acepção de que as circunstâncias é que determinam a consistência da maior vantagem possível.” Daí o porquê da necessidade de apresentar o administrador, sempre, não obstante a natureza

vinculada do ato, os motivos pelos quais eleita determinada modalidade e/ou tipo licitatório, em detrimento de outras – ou outros.

Nessa senda, a previsão constitucional do artigo 37, enseja que a Administração reclame a demonstração de elementos reveladores da mencionada qualificação técnica – bem como a econômica -, daquele que com ela intenta pactuar. Tais quesitos, entretanto, têm sua exigência objetivamente limitada ao grau necessário para que adimplida a obrigação, conforme previsto na Lei nº. 8.666/93. De fato, a referida Lei, em seus artigos 27, 30 e 31, estabelece quais sejam os requisitos de qualificação técnica e econômica, passíveis de solicitação, pela Administração, ao particular. Eis o teor dos artigos referidos:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

- I - habilitação jurídica;
- II - qualificação técnica;
- III - qualificação econômico-financeira;
- [...]

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

- I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;
- II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;
- III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;
- IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

II - (Vetado)

a) (Vetado)

b) (Vetado)

§ 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório.

§ 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

§ 4º Nas licitações para fornecimento de bens, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

§ 6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedadas as exigências de propriedade e de localização prévia.

§ 7º (Vetado)

I - (Vetado)

II - (Vetado)

§ 8º No caso de obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica, poderá a Administração exigir dos licitantes a metodologia de execução, cuja avaliação, para efeito de sua aceitação ou não, antecederá sempre à análise dos preços e será efetuada exclusivamente por critérios objetivos.

§ 9º Entende-se por licitação de alta complexidade técnica aquela que envolva alta especialização, como fator de extrema relevância para garantir a execução do objeto a ser contratado, ou que possa comprometer a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais.

§ 10. Os profissionais indicados pelo licitante para fins de comprovação da capacitação técnico-profissional de que trata o inciso I do §1º deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela administração.

§ 11. (Vetado)

§ 12. (Vetado)

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

§ 1º A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade.

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

§ 3º O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.

§ 4º Poderá ser exigida, ainda, a relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de

disponibilidade financeira, calculada esta em função do patrimônio líquido atualizado e sua capacidade de rotação.

§ 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

§ 6º (Vetado). [...]

Infere-se, disso, o objetivo reconhecimento, em nível infraconstitucional, de que nem sempre a eficiência deve ser interpretada como a melhor – e menor – relação pecuniária entre o custo e o benefício. A previsão legal inseriu a *técnica* como fator hábil a flexibilizar a regra genérica do menor preço.

Note-se ser esse, igualmente, o entendimento externado na lição doutrinária de Marçal Justen Filho, transcrita linhas acima. Com efeito, dos quesitos expressos nos artigos 27 e 30, ambos da Lei nº. 8.666/93 e acima transcritos, percebe-se não só a viabilidade, mas o verdadeiro poder-dever do administrador em solicitar a demonstração, pelos licitantes, das qualidades técnicas detidas pela empresa e os profissionais que perante ela laboram.

A experiência e a capacitação, assim, não são restritas às pessoas jurídicas, nela se compreendendo também a das pessoas físicas. Em outras palavras, além de demonstrar a empresa, tenha edificado obra ou desenvolvido um programa de computador com características similares às exigidas pela Administração, deverá, igualmente, revelar que os profissionais pertencentes ao seu quadro – no mínimo pelo período de execução do objeto -, também detém a qualificação exigida pelo edital.

Contudo, os procedimentos tendentes à contratação de serviços, conduzidos sob licitação tradicional nas espécies melhor técnica ou técnica e preço, não se revelam eficazes e, muitas vezes, efetivos para o atendimento dos anseios da Administração. E isso por que nelas há necessidade de utilização de fórmulas, quesitos e específica pontuação para que aquilatada e ratificada qual seja, dentre as ofertadas, a proposta que, tecnicamente, melhor resultado propiciaria.

Nessa trilha, deixariam de ser, essas espécies licitatórias, eficientes, porquanto demandam um exímio planejamento, pela Administração, ainda na fase interna do certame, na confecção das aludidas fórmulas, o que, como regra, demanda significativa dedicação dos *experts* da área envolvida, o que, muitas vezes, incorre nos procedimentos.

Além disso, o lapso temporal demandado para a ultimação dos processos de tomada de preços e concorrência, em face do formalismo que lhes é peculiar, porquanto permeados de fases e recursos a elas atinentes, acaba por comprometer a própria higidez do certame.

A autenticação dessa asserção é refletida pelo teor dos dados estatísticos apresentados pela Diretoria da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, divulgados em 14/9/2006 XXX, com o seguinte teor:

Também é mais simples porque nas outras modalidades a Administração precisa olhar a documentação de todos os concorrentes antes e no pregão eletrônico só é verificada a documentação do vencedor, se este não estiver de acordo é analisada a do segundo colocado. Então, isso reduz o custo administrativo do Governo [...] Com isso, o pregão eletrônico também é o mais rápido, demora cerca de 17 dias. Na modalidade carta-convite são 22 dias; a tomada de preços leva cerca de 90 dias e um concorrência demora, em média, 120 dias. (Disponível em <http://www.comprasnet.gov.br/noticias1.asp?id_noticia=206> Acesso em: 22. fev. 2007.

Outra problemática verificada em situações desse jaez, prosseguindo, diz com o sobrepreço do objeto, geralmente percebido no instante de abertura das propostas comerciais²⁶. Ocorre que, mesmo aquela de menor preço veicula, em significativas vezes, valor superior ao originalmente estimado pela Administração ou, ainda, em montante próximo daquele legalmente tido por inexequível (vide artigo 48, inciso II, parágrafos 2º e 3º, da Lei número 8.666/93).

E, nesse caso, a impossibilidade da negociação do preço emerge, incontestemente²⁷, como outro fator apto a materializar uma contratação cuja execução se revelará, adiante, possivelmente ineficiente. Nesse último caso, seja pelo vultoso custo financeiro a ser suportado pelo Poder Público, seja pela vindoura inexequibilidade da obrigação assumida pelo particular, por vezes refletida pela série de pedidos de aditivos ao pacto original endereçados pelo contratado para a Administração.

²⁶ Note-se que, nas modalidades clássicas, a proposta comercial somente é aferida depois de habilitados os licitantes. Disso emerge, em regra, um labor desnecessário para os operadores da licitação porquanto, v.g., de seis licitantes, apenas a documentação de um deles é, efetivamente, imprescindível. Esse gravame pode ser amenizado, vale gizar, mediante a aprovação da sugestão contida no projeto de lei nº. 7.079/2007, em virtude da retificação do conteúdo do parágrafo primeiro do artigo 43 da Lei nº. 8.666, de junho de 1993.

²⁷ A retirada dessa vedação infelizmente não restou contemplada no texto do mencionado projeto de lei nº. 7.079/2007. Assim, subtraiu-se da Administração uma concreta possibilidade para ajustar o preço ofertado àquele por ela estimado, acaso a oscilação entre ambos seja significativa e eventual geradora de sobrepreço ou risco de futura inexecução.

Pois bem, a partir desses breves comentários sobre esses particulares aspectos da tradicional Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, resta perquirir sobre a eficiência em certame de diversa natureza – ou tecnicamente, modalidade.

3.2. A Lei n. 10.520/2002, a Lei do Pregão

3.2.1. Histórico e generalidades

Antes de se adentrar na verificação dos termos da referida Lei do pregão, é pertinente tecer breve nota acerca da inserção do instituto do pregão no ordenamento jurídico pátrio. Ao revés do que se poderia pensar, não foi a Medida Provisória nº. 2.026, de 04 de maio de 2000, o instrumento a introduzir o pregão. Em verdade, a novel modalidade foi prevista, pela primeira vez na Lei nº. 9.472, de 16 de julho de 1997, a qual dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº. 8, de 1995. O artigo 54 dessa Lei tem a seguinte redação:

A contratação de obras e serviços de engenharia civil está sujeita ao procedimento das licitações previsto em lei geral para a Administração Pública.

Parágrafo único. Para os casos não previstos no *caput*, a Agência poderá utilizar procedimentos próprios de contratação, nas modalidades de consulta e pregão.

Dito isso e retomando a idéia anterior, os percalços acima indicados, concernentes às dificuldades enfrentadas nas modalidades clássicas, seriam vencíveis no campo do pregão, hoje prevista e detalhada pela Lei número 10.520/2002, porquanto lá é expressa, por exemplo, a faculdade – mais do que isso, afigura-se um verdadeiro poder-dever do pregoeiro -, a negociação do preço, em determinado momento do *iter* da sessão pública.

Ademais, o seu processamento é simplificado, havendo concentração de fases com conseqüente limitação de recursos cujos prazos, igualmente, aqui foram reduzidos.

Entretanto, há um elemento tendente a reduzir a máxima eficiência que se poderia almejar, extrair do pregão. Trata-se do teor do comando do artigo 1º, parágrafo único, da Lei número 10.520/2002, de acordo com o qual apenas os serviços – e bens – comuns

podem ser contratados mediante utilização dessa modalidade licitatória. Refere o mencionado dispositivo, *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.

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

Sob o entendimento majoritariamente percebido, na doutrina e na jurisprudência, portanto, vigilância, limpeza e jardinagem, são serviços licitamente contratáveis pelo sistema do pregão.

Ao revés, a contratação de empresa para prestar os serviços de desenvolvimento de um novo programa de computador – *software* -, para que exitoso, adequada e oportunamente utilizado para o aprimoramento da prestação jurisdicional no âmbito dos juizados especiais federais, por exemplo, estaria afastada de seu raio de incidência.

E isso pelo singelo fato de ser o objeto, em regra, não *usual no mercado* e, em consequência, classificado como complexo. Essa complexidade desapareceria, entretanto, acaso o aludido programa já tivesse sido desenvolvido e existisse, por exemplo, uma ampla rede de representantes do fornecedor, habilitada para distribuir o *software*. Sim, de fato fosse essa a realidade, o objeto da Administração, acaso tal programa atendesse suas necessidades, seria classificado como “de prateleira”, estando-se, em consequência, diante de uma típica e incontroversa hipótese de pregão.

Não sendo assim e tivesse o fornecedor o monopólio da comercialização, a inexistência de competição indicaria situação de inexigibilidade de licitação, nos termos do artigo 25 da Lei nº. 8.666, de junho de 1993:

[...]

É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

[...]

E, observada a legalidade estrita, tratando-se o objeto de um serviço de natureza eminentemente intelectual, primariamente relevada a estimativa de seu custo, elegeria a Administração a tomada de preços ou a concorrência como modalidade licitatória a ser executada. Secundariamente, em razão da natureza do serviço e de sua – no mínimo relativa, segundo o majoritário entendimento – complexidade, seria estabelecido o tipo técnica e preço, quiçá a melhor técnica, ante a minudente justificativa lavrada pela unidade técnica do órgão, em atenção ao previsto no artigo 45, parágrafo 4º, da Lei nº. 8.666/93:

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

[...]

§ 4º Para contratação de bens e serviços de informática, a administração observará o disposto no art. 3º da Lei nº. 8.248, de 23 de outubro de 1991, levando em conta os fatores especificados em seu parágrafo 2º adotando obrigatoriamente o tipo de licitação "técnica e preço", permitido o emprego de outro tipo de licitação nos casos indicados em decreto do Poder Executivo.

O certame, a ser iniciado e concluído em um lapso de vinte dias, em média, consoante noticiado acima, seria – indevidamente – alongado para cento e vinte dias, ou seja, seis vezes mais, na concorrência, do que no pregão.

Isso, retomando, além de malferir o preceito constitucional relativo à eficiência, afigura-se um preconceito, um receio talvez derivado de excesso de zelo do legislador infraconstitucional, na tentativa de barrar a iminente migração da utilização das modalidades licitatórias tradicionais para o pregão.

A asserção pode ser facilmente autenticada, bastando, para tanto, rápido exame sob o texto motivador da Lei número 8.666/93.

Naquela época pretendeu-se, através da inserção de uma gama de formalidades muito bem delineadas, evitar-se o incremento do quantitativo de fraudes e vícios percebidos nos certames²⁸.

O pregão, noutra lógica, adota sistema singelo, célere e, sempre que possível verbalizado. Tanto é, que, diversamente das modalidades tradicionais, nele houve verdadeira inversão, preferindo-se avaliação preliminar de ônus aos cofres para, somente após, ratificar-se a documentação habilitatória do participante cuja proposta figura, provisoriamente, em primeiro lugar.

E chancelada tal situação abre-se, ainda, a possibilidade ou melhor, o dever de negociação, entre particular e Administração, quanto ao preço ofertado. A idéia é, neste ponto, fazer com que o custo fique idêntico, muito próximo ou mesmo aquém daquele previamente estimado pelo órgão licitante na fase interna do certame.

Esses, pois, são os aspectos positivos do pregão dignos de expressa referencia, porquanto essenciais à realização de licitações, pela Administração Pública, de maneira mais eficiente e financeiramente econômica.

²⁸ Para maiores detalhes, vale conferir a exposição de motivos da Lei nº. 8.666/93.

3.2.2. Serviços comuns: compreensão legal, doutrinária e jurisprudencial

Conforme observado acima, na transcrição do artigo primeiro e seu parágrafo único, ambos da Lei nº. 10.520, de maio de 2002, é perfeitamente razoável conceber tenha optado o legislador delegar ao intérprete significativa responsabilidade na tarefa de definir o termo serviços comuns. A asserção é ratificada pelo seguinte excerto do Acórdão nº. 313/2004, do plenário do Tribunal de Contas da União (DOU 07.4.2004), assim vertido:

[...]

7. Nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520/2002, os bens e serviços comuns são “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado”. O § 2º do art. 3º do Decreto nº 3.555/2000 repete a definição legal. A concisão dessas definições torna mais necessária a análise do entendimento dos doutrinadores sobre essa questão.

8. Benedicto de Tolosa Filho esclareceu que a “licitação na modalidade pregão destina-se à aquisição de bens e serviços comuns estes definidos como de padrão e tendo a característica de desempenho e qualidade que possam ser estabelecidos de forma objetiva, ou seja, sem alternativas técnicas de desempenho dependentes de tecnologia sofisticada.” (Pregão. Uma nova modalidade de licitação. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 9). Nesse mesmo sentido manifestou-se Arídio Silva: “Trata-se, portanto, de bens e serviços geralmente oferecidos por diversos fornecedores e facilmente comparáveis entre si, de modo a permitir a decisão de compra com base no menor preço” (Desvendando o Pregão Eletrônico. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 34).

9. Com fulcro nas descrições constantes do Anexo I do Edital do Pregão nº. 127/2002, entendo que os bens ali especificados coadunam-se com a definição de bem comum acima explicitada.

Com efeito, a singela referência à objetividade na definição de padrões de desempenho e qualidade, escoimados naquelas especificações usualmente encontradas ou disponibilizadas pelo mercado, espelha um exacerbado grau de subjetivismo.

Tanto é verdade que, em um primeiro momento, chegou-se a verificar opiniões asseverando sobre a taxatividade do rol do Decreto nº. 3.555, de 8 de agosto de 2000, o qual aprovou o regulamento da licitação na modalidade pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. E isso ainda quando sua validade encontrava respaldo na Medida Provisória nº. 2.026/2000. O Anexo II do citado Decreto, teve seu teor retificado, em 2001, pelo Decreto nº. 3.784, estando a sua redação, no que concerne aos serviços, assim disposta:

SERVIÇOS COMUNS

1. Serviços de Apoio Administrativo
2. Serviços de Apoio à Atividade de Informática
 - 2.1. Digitação
 - 2.2. Manutenção
3. Serviços de Assinaturas
 - 3.1. Jornal
 - 3.2. Periódico
 - 3.3. Revista
 - 3.4. Televisão via satélite
 - 3.5. Televisão a cabo
4. Serviços de Assistência
 - 4.1. Hospitalar
 - 4.2. Médica
 - 4.3. Odontológica
5. Serviços de Atividades Auxiliares
 - 5.1. Ascensorista
 - 5.2. Auxiliar de escritório
 - 5.3. Copeiro
 - 5.4. Garçom
 - 5.5. Jardineiro
 - 5.6. Mensageiro
 - 5.7. Motorista
 - 5.8. Secretária
 - 5.9. Telefonista
6. Serviços de Confecção de Uniformes
7. Serviços de Copeiragem
8. Serviços de Eventos
9. Serviços de Filmagem
10. Serviços de Fotografia
11. Serviços de Gás Natural
12. Serviços de Gás Liquefeito de Petróleo
13. Serviços Gráficos
14. Serviços de Hotelaria
15. Serviços de Jardinagem
16. Serviços de Lavanderia
17. Serviços de Limpeza e Conservação
18. Serviços de Locação de Bens Móveis
19. Serviços de Manutenção de Bens Imóveis
20. Serviços de Manutenção de Bens Móveis
21. Serviços de Remoção de Bens Móveis
22. Serviços de Microfilmagem
23. Serviços de Reprografia
24. Serviços de Seguro Saúde
25. Serviços de Degravação
26. Serviços de Tradução
27. Serviços de Telecomunicações de Dados
28. Serviços de Telecomunicações de Imagem
29. Serviços de Telecomunicações de Voz
30. Serviços de Telefonia Fixa
31. Serviços de Telefonia Móvel
32. Serviços de Transporte
33. Serviços de Vale Refeição
34. Serviços de Vigilância e Segurança Ostensiva
35. Serviços de Fornecimento de Energia Elétrica
36. Serviços de Apoio Marítimo

37. Serviço de Aperfeiçoamento, Capacitação e Treinamento.

Do mesmo julgado referido linhas acima, extraiu-se interessante motivação, apta, salvo engano, a demonstrar a existência, no mínimo, de debate quanto à exaustão do rol acima reproduzido. Eis os argumentos:

14. Note-se que este Tribunal já proferiu entendimento no sentido de que a lista de serviços constante do Anexo II do Decreto nº 3.555/2000 não é exaustiva (Acórdão 615/2003 - Primeira Câmara), verbis:

"Por outro lado, o mencionado Decreto (3.555/2000) não caracteriza o serviço de locação de mão-de-obra como serviço comum, o que impossibilitaria a utilização da modalidade pregão. No entanto, a nosso ver, a lista de serviços constante do Anexo II do Decreto 3.555/2000 não é exaustiva, haja vista a impossibilidade de relacionar todos os bens e serviços comuns utilizados pela Administração."

15. Comungam dessa mesma orientação as Decisões nº. 343/2002 e nº. 384/2002, ambas do Plenário.

Nessa linha de entendimento, somente se pode compreender que a "qualidade" a ser objetivamente definida pelo edital, conforme dispôs o legislador ordinário, deveria ser desvinculada daqueles quesitos previstos no artigo 30 da Lei nº. 8.666/93. Em perfeita sintonia com essa linha de raciocínio, os seguintes julgados do colendo Tribunal Regional Federal da Primeira Região, relatores os desembargadores federais Selene Maria de Almeida e Souza Prudente, respectivamente:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TÉCNICOS DE INFORMÁTICA E ANALISTAS DE SISTEMA E SUPORTE PELA MODALIDADE PREGÃO. IMPOSSIBILIDADE. SERVIÇOS QUE NÃO PODEM SER ENQUADRADOS NA MODALIDADE SERVIÇOS COMUNS. VIOLAÇÃO À LEGISLAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE OBSERVÂNCIA À LEI PELO ADMINISTRADOR PÚBLICO. 1 - A aquisição de bens e a contratação de serviços pela modalidade pregão incluída entre as modalidades de licitação pela Lei nº 10.520/2002, teve como objetivo facilitar a compra de bens e serviços comuns, conforme a estipulação inscrita no Decreto nº 3.555/2000. 2 - No ramo de serviços de informática o referido decreto indicou como serviços comuns na área de informática, a prestação de serviços de digitação e manutenção de equipamentos. 3 - O objetivo da modalidade pregão é permitir a contratação mais rápida e acessível à Administração de bens e serviços que são licitados pela modalidade menor preço. 4 - Não é cabível a utilização do pregão para a contratação de serviços de informática que demandem conhecimentos técnicos mais aprofundados ou, para a ocupação de funções de formação superior, sob pena de violação expressa ao texto legal, pois para contratações que exigem conhecimentos técnicos especializados, é necessária a realização de licitação pela modalidade técnica e preço, pois o interesse da Administração é o melhor serviço pelo preço mais adequado. 5 - Não existindo autorização legal para que se prescindia da técnica, é inviável a realização de licitação para contratação de serviços técnicos especializados pela modalidade pregão sob o argumento de que a contratação seria financeiramente mais vantajosa para a Administração Pública. 6 - Agravo de instrumento provido. (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 1ª REGIAO, Agravo de Instrumento, 171787/UF, julgado em 30/8/2004).

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. INADEQUAÇÃO DA MODALIDADE DO PREGÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS NÃO ENQUADRADOS NA CATEGORIA DE "COMUNS". VIOLAÇÃO À LEGISLAÇÃO. ANULAÇÃO DO CERTAME. I - Para a contratação de empresa especializada na prestação dos serviços de manutenção preventiva das instalações elétricas prediais, dos sistemas de iluminação dos estabelecimentos, instalações hidráulicas, de esgoto, de águas pluviais, bombas de recalque, sistemas automatizados de oxigenação do espelho d' água e de irrigação de jardins, não é cabível a licitação na modalidade do pregão, por tratar-se de serviços que demandam conhecimentos técnicos mais aprofundados, ou para a ocupação de funções de formação superior. II- Na hipótese dos autos, portanto, os serviços licitados não podem ser enquadrados na categoria dos serviços comuns, exigindo modalidade de licitação diversa do pregão. III - Remessa oficial desprovida. Sentença confirmada. (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 1ª REGIAO, Mandado de Segurança, 218336/DF, julgado em 12/09/2005).

Tribunal de Contas da União, por meio de sua primeira câmara, seguindo o voto proposto pelo Ministro Augusto Nardes, relator, adotou similar entendimento e determinou a anulação de licitação realizada por órgão do Judiciário Federal, na modalidade pregão por entender não serem os serviços ali descritos, classificáveis como comuns. Eis o excerto do voto do Acórdão nº. 2.594/2005 (DOU 28/12/2005), necessário à compreensão do tema:

[...]

4. O objeto do Pregão nº 47/2004 consiste em: a) desenvolvimento de atividades de análise, projeto, implantação, suporte, documentação e manutenção de sistemas de informações; b) desenvolvimento de atividades de planejamento, modelagem, desenvolvimento, implantação, controle, suporte e manutenção de bases de dados de sistemas; c) desenvolvimento de estudos de capacidade, planejamento e operação de rede; d) desenvolvimento de atividades de projeto, exame, implantação, suporte e manutenção de sistemas; e) desenvolvimento de atividades de definição e criação de algoritmos lógicos, codificação, compilação, testes e preparação de documentação; f) atividades de instalação e configuração de equipamentos e g) serviços de programação.

5. Veja-se, pois, que, consoante os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais expostos no relatório supra, não se trata de bens e serviços comuns, o que afasta a possibilidade de contratação desses serviços mediante a modalidade pregão (art. 1º da Lei nº. 10.520/2002). Não são serviços padronizáveis por especificações usuais de mercado, mas sim serviços de razoável complexidade, sujeitos a alternativas técnicas de execução. O Decreto nº. 3.555/2000, aliás, especifica que são licitáveis mediante pregão, na área de informática, os serviços de apoio como manutenção e digitação, o que é bem distinto do objeto da licitação em tela.

6. Por outro lado, o art. 45, § 4º, da Lei nº. 8.666/1993 estabelece, como regra geral, que a contratação de bens e serviços de informática deve ser por meio de licitação do tipo "técnica e preço", procedimento incompatível com aqueles previstos para a modalidade pregão, cuja ênfase é posta quase que com exclusividade no preço. A exceção a essa disciplina é exatamente a hipótese, inaplicável nestes autos, vale repisar, de se tratarem de bens e serviços comuns, nos termos do § 3º do art. 3º da Lei nº. 8.248/1991.

[...]

9.3. determinar ao Tribunal Regional Federal da 1.ª Região que se abstenha de utilizar a modalidade Pregão para a aquisição de produtos e serviços de informática, com nível de complexidade similar ou superior àqueles objeto do Pregão nº. 47/2004; [...].

A característica de comum, habitual, neste caso, seria entendida como antagônica à idéia de complexidade. Sim, porque sendo comum o serviço, de pronto, exsurge a conclusão sobre a sua não-complexidade. Imaginemos, assim, o serviços de jardinagem ou de limpeza como comuns. Contudo, tais serviços, quando prestados em órgãos cujas atividades preponderantes sejam a pesquisa e a arte, persistem a demandar níveis mínimos de qualidade? Tome-se o exemplo de um laboratório de pesquisa para o desenvolvimento de um novo medicamento, um jardim botânico ou quiçá um museu oceanográfico. Esse contexto não parece espelhar, ainda, um grau absoluto de complexidade, mas, sem dúvida, ela não é mais aquela que parece ter inspirado o legislador.

Essa realidade é um verdadeiro paradoxo, pois ao mesmo tempo em que se afirma sobre a natureza comum do objeto a ser licitado mediante pregão, insere-se um quesito a ser objetivamente definido, concernente à qualidade.

Note-se ser majoritária a jurisprudência a externar essa linha de entendimento. De fato, consultando-se os julgados da Corte Federal de Contas, infere-se ser assente a compreensão no sentido de que o objeto do pregão não deve reclamar descrição qualitativa capaz de espelhar quesitos similares aos de um certame do tipo técnica e preço ou melhor técnica. O fator preço é, aqui, o primaz fator para o deslinde da competição, consoante reiterados pronunciamentos da egrégia Corte de Contas Federal, dos quais se destaca breve parcela do voto do Relator, o Ministro Guilherme Palmeira, proferido no Acórdão nº. 607/2005 – Plenário:

33. O Supremo Tribunal Federal utilizou a modalidade licitatória denominada Pregão para a aquisição de diversos produtos para suprimento de informática. Essa modalidade, instituída pela Lei nº. 10.520, de 17/07/2002, aplica-se à licitação de bens e serviços comuns, cujo padrão de desempenho e qualidade dos produtos possa ser objetivamente definido pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado, e que utiliza o critério de julgamento pelo menor preço.

Essa problemática é perceptível no caso da implementação de políticas públicas desenvolvidas, por exemplo, pelo Judiciário federal. De fato, retomando-se a hipótese alinhavada acima, serviços necessários à implementação, ao incremento do processo judicial virtual, para o aprimoramento do funcionamento dos juizados especiais federais, no qual hoje prestada e efetivada a verdadeira jurisdição “de massa” – insiste-se -, exigiria licitação nas modalidades concorrência ou tomada de preços, afastando-se, ainda, o tipo menor preço.

E isso pelo singelo motivo da alegada complexidade de serviços de idêntico ou similar jaez. Conseqüência disso, registre-se novamente, é o fato de que o desenvolvimento do programa necessário para virtualizar o procedimento fica, nesse contexto, excluído da hipótese de incidência do artigo primeiro da Lei do Pregão.

Nada obstante, relevado o marco temporal de 2002, ano em que iniciada a vigência da Lei n. 10.520, percebe-se ter havido uma significativa evolução, elastecimento ou aprimoramento na leitura do que sejam serviços comuns, para os fins do artigo primeiro da referida Lei.

Dessa forma, os próximos subitens pretendem revelar, em rápida síntese, o acerto dessa ilação, a ser no futuro, oportunamente ratificada – ou não. Para tanto, serão utilizados excertos da jurisprudência da colenda Corte Federal de Contas, bem como dados divulgados pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Em conseqüência, embora registrados breves apontamentos, a fim de não se incorrer em desnecessária e intolerável tautologia, os pertinentes comentários serão desenvolvidos nos capítulos seguintes.

3.2.3. A moderna jurisprudência do Tribunal de Contas da União

De início, reiterando o objetivo desta particular questão, concernente à evolução – e revisão, portanto – do entendimento da matéria relativa a serviços comuns para os fins de licitação na modalidade pregão, traz-se à colação excerto do Acórdão n. 208/2006, julgado à unanimidade pelo plenário do egrégio Tribunal de Contas da União, o qual acolheu voto do relator, Ministro Lincoln, assim vertido:

[...]

5. Dessa forma, o Plenário deixou cristalino que a regra de preferência somente se aplica como critério de desempate entre duas propostas, independentemente da modalidade de licitação aplicada.

6. No presente caso, acompanho o entendimento do Tribunal, proferido no TC 012.986/2004-0, de que o legislador não quis impor restrição à utilização da modalidade pregão. Conforme manifestou-se o Relator naquele processo seria um contra-senso impor restrições à utilização de um mecanismo que tantos benefícios trouxe para administração pública. Nas suas palavras: "Contrariamente aos primados da hermenêutica, segundo os quais a busca do conteúdo e do sentido da norma deve ter em vista a finalidade da lei e a ordem social que a preside (art. 5º

do Decreto-Lei 4.657/42), essa interpretação restrita conduz à esdrúxula situação em que a Administração Pública não poderá valer-se do Pregão para aquisição de bens e serviços comuns de informática e automação que não cumpram o Processo Produtivo Básico, o que poderá acarretar graves riscos de prejuízo aos cofres públicos. Sucede que grande parte dos produtos da espécie ainda não dispõe de fabricação interna, embora essa produção nacional seja desejável do ponto de vista de desenvolvimento estratégico brasileiro, que será realizado paulatinamente por intermédio de políticas públicas de incentivo ao progresso tecnológico brasileiro". [...].

Note-se que, embora mencionada a inconveniência da interpretação restritiva, retomando o que já foi consignado nos capítulos anteriores, essa limitação pôde ser percebida.

Exemplo disso foi a necessidade de explicitação quanto ao caráter não taxativo do rol de serviços – sugeridos, esse é um bom termo – pelos decretos regulamentadores da Lei do pregão. Na prática se constata, felizmente, estar essa orientação em franco conflito com aquela irradiada pelo Acórdão n. 1.707/2005, igualmente referido em capítulo anterior. Em verdade, ela vai mais longe do que o previsto no Acórdão nº. 2.138/2005, pelo qual o plenário do colendo Tribunal de Constas da União acolheu os embargos de declaração opostos ao aludido julgado nº. 1.707/2005.

Está-se hoje caminhando para a pavimentação de um entendimento mais razoável e sólido que culminará, por certo, no reconhecimento da derrogação, pelas normas posteriores, das disposições concernentes ao processo produtivo básico e ao direito de preferência.

O recente Acórdão nº. 1.438/2006, relatado pelo Ministro Valmir Campelo e apreciado pela primeira câmara em 30.5.2006, bem denota tal situação:

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO PARA AQUISIÇÃO DE BENS E SERVIÇOS COMUNS DE INFORMÁTICA. IMPROCEDÊNCIA.

Nas licitações sob a modalidade pregão para aquisição de bens e serviços comuns de informática, a participação no certame deve ser franqueada a todos os interessados, independentemente de cumprirem o Processo Produtivo Básico.

Tal linha de raciocínio, aliás, restou desenvolvida em parecer jurídico de um órgão do Judiciário Federal, relativo à incidência da determinação do Acórdão nº. 1.707/2005-TCU, e cuja cópia integra o anexo deste trabalho.

3.2.4. A utilização prática do pregão para contratação de objeto antes não considerado comum

No excerto de voto reproduzido abaixo, é possível examinar a concordância do Tribunal de Contas da União na utilização da modalidade pregão para a contratação de serviços de informática que, para o seu adequado funcionamento e, portanto, atendimento das necessidades de uma unidade do Judiciário Federal, reclama a exigência de quesitos de qualificação técnica. Eis a síntese do Acórdão nº. 1.114/2006, do plenário do colendo Tribunal de Contas, julgado por unanimidade, publicado no Diário Oficial da União de 10.7.2006, e do qual foi relator o Ministro Marcos Bemquerer Costa:

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO. EXIGÊNCIA DE CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS DOS PRODUTOS COMPATÍVEIS AS NECESSIDADES DO ÓRGÃO E SEM PREJUÍZO À COMPETITIVIDADE DO CERTAME. IMPROCEDÊNCIA.

É legal o estabelecimento de especificações técnicas dos produtos a serem licitados, quando essas características estejam devidamente justificadas no procedimento licitatório e não se mostrem desarrazoadas em relação às necessidades do órgão, bem como não tragam restrição indevida à competitividade do certame.

[...]

Cuidam os autos da Representação formulada pela empresa Aker Consultoria e Informática Ltda., mediante a qual aponta a existência de possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico nº. 123/2005, realizado pelo Tribunal Superior do Trabalho - TST, tendo por objeto o “registro de preços para eventual fornecimento de solução de Cluster de Firewalls para conexão à rede corporativa da Justiça do Trabalho”. [...].

Na hipótese seguinte, a jurisprudência reconhece a viabilidade legal – gize-se -, de contratação de serviços de engenharia mediante pregão, desde que se o efetive em sua modalidade eletrônica e, portanto, em atenção aos regramentos do Decreto nº. 5.450/2005. Embora elogiável esse reconhecimento, pelo Tribunal de Contas da União, não se deve perder de vista o comezinho princípio segundo o qual o ato normativo regulamentador da lei não pode afrontá-la, bem como não deve, igualmente ampliá-la. Em outras palavras, se a regulamentação deriva da Lei do pregão e nela encontra fundamento de validade e eficácia, salvo equívoco, é lícito afirmar sobre a possibilidade de tal procedimento, igualmente, no pregão presencial. Eis a transcrição da parcela essencial do Acórdão nº. 1.329/2006, do plenário do Tribunal de Contas da União, publicado no Diário Oficial da União de 07.8.2006, e do qual foi relator o Ministro Marcos Vinícios Vilaça:

LICITAÇÃO. REPRESENTAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENGENHARIA POR PREGÃO ELETRÔNICO. POSSIBILIDADE LEGAL. IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO.

A Lei 10.520/2002 e o Decreto 5.450/2005 amparam a realização de pregão eletrônico para a contratação de serviços comuns de engenharia.

[...]

14. No caso, pela descrição do objeto do edital (fl. 56), dos profissionais que deverão compor as equipes de trabalho (fl. 63) e das ferramentas que eles deverão utilizar (fl. 74), não se cogita da contratação de obras, mas apenas de serviços de engenharia definidos a partir de padrões de desempenho e qualidade objetivamente fixados pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

15. Portanto, o pregão ora examinado visa à contratação de serviços comuns de engenharia, cuja condição não se altera somente pela exigência feita aos interessados, para fins de habilitação, de prova de possuir no quadro de pessoal, como responsável técnico, engenheiro eletricista que já tenha executado construção ou reforma de rede de distribuição de energia elétrica em 13,8 KV ou superior.

16. Isto posto, concordo com a proposta da Serur no sentido de que, uma vez demonstrada a ausência de infração a norma legal, não apenas deve ser revogada a cautelar de suspensão do pregão, como também deve ser julgado o mérito da representação. [...]

No próximo exemplo, ilustrado pelo Acórdão nº. 2.406/2006, também do plenário do Tribunal de Contas da União, publicado no Diário Oficial da União em 13.12.2006, e do qual foi relator o Ministro Marcos Vinícios Vilaca, deve-se ter em mente que, ao lado do produto adquirido, a ele estão vinculados os serviços de assistência que, dentro dessa visão, podem ser classificados como comuns:

[...]

V - Utilização da modalidade pregão

42. Uma das irregularidades assinaladas pelo denunciante refere-se à inadequação do uso da modalidade pregão para a aquisição de aeronaves que, segundo seu entendimento, são bens sofisticados, não abrangidos pela Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão).

43. Ao relatar o Acórdão nº 1.754/2006 - Plenário o Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti assim se pronunciou sobre a questão: “a princípio parece caber razão à 6ª Secex, que conclui ser a modalidade pregão utilizável para fins de licitação de aeronaves, considerando que, segundo as especificações mínimas estabelecidas, haveria condição de fornecimento por vários fabricantes/representantes, sem que fossem realizadas alterações substanciais em suas configurações (...). Contudo, reservo-me quanto ao pronunciamento definitivo sobre a matéria, deixando para fazê-lo em momento mais oportuno, por ocasião do exame de mérito...”

44. Em sua instrução, a Unidade Técnica reitera o entendimento, já consignado anteriormente, de que “não se vislumbraram, neste caso específico, vícios decorrentes do uso do pregão para tal aquisição que tenham prejudicado o resultado do certame.”

45. Antes de qualquer consideração jurídica sobre o tema, devo registrar que a modalidade pregão tem sido empregada por várias unidades da federação para aquisição de aeronaves, com sucesso. Existe informação nos autos de pelo menos dois pregões para aquisição de helicópteros similares aos da Categoria 1 do edital da Senasp em que houve importante disputa de preço.

46. Quanto ao aspecto legal, a Lei do Pregão nos fornece um tipo aberto, consubstanciado no “bem ou serviço comum” por ela definido como “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.” Em outras palavras podemos dizer que o objeto deve ser definido por meio de critérios objetivos e

usuais no mercado. Ocorre que todo julgamento de propostas, independentemente da modalidade licitatória empregada, deve utilizar-se de critérios objetivos, como determina o art. 44 da Lei nº 8.666/93. A primeira parte da definição então pouco orienta, pois não pode ser considerada intrínseca ao pregão.

47. A segunda parte da definição também é vaga, pois não informa nem quais os critérios para considerar algo usual, nem a qual mercado se refere. Por exemplo, as especificações do pregão da Senasp não podem ser consideradas usuais em relação ao mercado em geral, pois aeronaves não são bens negociados pela grande maioria das pessoas ou empresas. Por outro lado, podem ser corriqueiras no mercado aeronáutico.

48. No vácuo admitido pela Lei, esta Corte de Contas tem procurado decidir o caso concreto com bom senso e pragmatismo, visando sempre o interesse da Administração. Neste processo, acredito que um bom referencial para a nossa decisão são os pregões já realizados por outros órgãos, que trouxeram bons resultados e demonstraram a viabilidade do procedimento.

49. Portanto, sem adentrar muito na discussão do assunto, creio que deve ser considerada regular a realização do Pregão nº 21/2006, sem que, com isso, pretenda-se estabelecer uma regra geral, aplicável a qualquer tipo de aeronave. [...].

Ao final desta etapa, o Acórdão nº. 58/2007, do plenário do Tribunal de Contas da União, publicado no Diário Oficial da União de 02.02.2007, destaca-se como um dos mais inovadores, porquanto admite ter a Lei do pregão “flexibilizado” a licitação do tipo técnica e preço. Argumenta ser objeto do pregão não somente os serviços padronizados pelo mercado, a eles acrescentando os “padronizáveis”. Embora não pareça, a sutil distinção é essencial para o desenvolvimento do objetivo destas linhas, conforme se explicará no item seguinte. Eis o excerto do voto:

REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO. POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE LICITAÇÃO NA MODALIDADE PREGÃO. FLEXIBILIZAÇÃO DO TIPO DE LICITAÇÃO TÉCNICA E PREÇO. IMPROCEDÊNCIA.

1. Considera-se improcedente representação, em razão da inexistência das irregularidades apontadas.

2. Pode-se adotar a modalidade pregão para aquisição de serviços de informática quando consistirem em serviços padronizáveis e normalmente disponíveis no mercado de informática.

3. A Lei nº. 10.520/2002 flexibilizou os normativos que previam a aquisição de bens e serviços de informática por meio do tipo de licitação técnica e preço. [...].

Cuidam os presentes autos de documentos encaminhados a título de Representação pela Federação Nacional de Técnicos Industriais (FENTEC), acerca de possíveis irregularidades ocorridas na execução do Pregão Eletrônico nº. 2006/0061 pelo BB, cujo objeto, dividido em três lotes, consiste na contratação de empresa de informática para a “Solução de Atendimento e Suporte a Redes MAN e de Comunicação de Dados em Brasília, São Paulo e Rio de Janeiro” (item 2.1 do Edital).

As irregularidades mencionadas pela Representante consistem nos seguintes pontos:

a) impossibilidade de realização da modalidade licitatória na modalidade pregão em razão de não se tratar de bens e serviços comuns, tal como previsto no art. 1º da Lei nº. 10.520/2002;

b) não adoção do tipo de licitação técnica e preço, obrigatória no caso em decorrência do disposto no art. 45, § 4º da Lei nº. 8.666/93;

c) ausência de orçamento estimativo dos custos no Edital do certame. [...]

O cerne da presente Representação consiste nas supostas irregularidades a seguir descritas:

a) impossibilidade de realização da modalidade licitatória na modalidade pregão em razão de não se tratar de bens e serviços comuns, tal como previsto no art. 1º da Lei nº. 10.520/2002;

b) não adoção do tipo de licitação técnica e preço, obrigatória no caso em decorrência do disposto no art. 45, § 4º da Lei nº. 8.666/93;

c) ausência de orçamento estimativo dos custos no Edital do certame.

Quanto à alínea “a”, como consignei no Despacho que indeferiu a Cautelar pleiteada, conforme transcrito no Relatório precedente, o objeto do certame consiste em serviços padronizáveis e normalmente disponíveis no mercado de informática, motivo por que se pode adotar o procedimento de pregão para a contratação dos serviços em análise.

No que tange à alínea “b”, a Lei nº. 10.520/2002 flexibilizou os normativos que previam a aquisição de bens e serviços de informática por meio do tipo de licitação técnica e preço.

Em relação à ausência de orçamento estimativo dos custos no Edital do certame, por meio de diligência realizada pela 2ª SECEX (fls. 330/359), verificou-se a existência dos orçamentos e especificações técnicas referentes ao objeto do certame no procedimento em exame, de acordo com o previsto no art. 3º, III, da Lei nº. 10.520/2002.

Dessa forma, não subsistem as irregularidades mencionadas pela Representante.

Isso significa, em suma, o reconhecimento da necessidade de uma interpretação sistemática da previsão de serviços comuns da Lei do pregão, em atenção ao que prescreve o princípio da eficiência, o que será abordado no capítulo seguinte.

3.2.5. A utilização do Pregão relativamente às demais modalidades licitatórias tradicionais

Neste ponto, pretende-se indicar, objetivamente, a relevante modificação da Administração Pública, no sentido de concentrar os seus esforços na ultimação de procedimentos licitatórios materializados sob a modalidade pregão, em detrimento das demais modalidades clássicas, especialmente a concorrência, a tomada de preços e o convite.

Sobre isso, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão tem divulgado, periodicamente, notícias quanto à utilização do pregão. Mais do que isso, é perceptível o esforço para quantificar a economia de recursos financeiros gerada aos cofres e, portanto, à sociedade brasileira, em virtude dessa racional opção, dos gestores, pela novel modalidade licitatória.

Essas informações são divulgadas pela *internet*, por meio do sítio do *comprasnet*, que vem a ser o sistema eletrônico de compras disponibilizado pela União, através do aludido Ministério. Dentre as notícias pesquisadas, duas merecem destaque.

A primeira diz com a estimativa do valor economizado no primeiro semestre do exercício anterior, em virtude da adoção do pregão como principal modalidade para efetivar as aquisições e contratações da Administração Federal. Diz o texto:

O Governo Federal economizou R\$ 637,8 milhões com a utilização do pregão eletrônico de janeiro a julho de 2006. O valor é a diferença apurada de 19,4% entre o preço de referência - o preço máximo aceito pela Administração - e o que efetivamente foi contratado após a disputa on-line entre os fornecedores.

A participação do pregão eletrônico foi R\$ 2,6 bilhões, valor que representa 47,3% dos R\$ 5,6 bilhões de bens e serviços adquiridos no período. Desempenho que teve uma evolução significativa em relação aos primeiros sete meses de 2003 quando representou 3,6% das compras aplicáveis a esta modalidade. Percentual que foi de 5% em 2004 e de 4,3% em 2005.

Nem todas as compras podem ser feitas pela modalidade pregão que é aplicável, conforme a legislação, apenas para bens e serviços comuns, aqueles com especificação (requisitos exigidos no edital) amplamente conhecida no mercado como, por exemplo, computadores, materiais de escritório e medicamentos. Obras de engenharia e serviços de consultoria complexos, por exemplo, já não podem ser contratados através dessa modalidade, conforme determina a Lei de Licitações 8.666 de 1993.

Além de crescer a sua participação no montante global das aquisições, o pregão eletrônico já é a modalidade licitatória mais utilizada pelo Governo Federal, seguida pelo pregão presencial com R\$ 1,7 bilhão em aquisições. O crescimento acumulado do valor contratado por pregão eletrônico no último ano foi de 570%.

Já em número de processos o pregão eletrônico cresceu 482% no último ano. Foram realizados entre janeiro e julho de 2006 8.986 procedimentos eletrônicos de compra, um número mais de três vezes superior à soma do desempenho obtido nos primeiros sete meses dos três anos anteriores. Essa participação representou 61,7% nos processos de compras de bens e serviços comuns realizados.

Os materiais mais comprados por pregão eletrônico no período são da área da saúde. Foram contratados no período R\$ 97,5 milhões em medicamentos, R\$ 77,6 milhões em equipamentos e artigos de laboratórios e R\$ 51,3 milhões em instrumentos, equipamentos e suprimentos médicos e cirúrgicos. Os serviços mais contratados são estudos e projetos, no valor de R\$ 904 milhões.

De acordo com o secretário de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Rogério Santanna, o pregão eletrônico simplifica os procedimentos de compras e é mais barato tanto para a Administração Pública quanto para o fornecedor. Essa modalidade reduz o custo de participação dos fornecedores nas licitações porque não exige que a empresa desloque seus funcionários já que todos os procedimentos ocorrem pela Internet. Com a

ampliação dos concorrentes e a disputa realizada entre os fornecedores, o Governo obtém preços menores. A economia obtida pelo pregão eletrônico no Governo Federal varia entre 20% a 30%. "Também é mais simples porque nas outras modalidades a Administração precisa olhar a documentação de todos os concorrentes antes e no pregão eletrônico só é verificada a documentação do vencedor, se este não estiver de acordo é analisada a do segundo colocado. Então, isso reduz o custo administrativo do Governo", explicou. Com isso, o pregão eletrônico também é o mais rápido, demora cerca de 17 dias. Na modalidade carta-convite são 22 dias; a tomada de preços leva cerca de 90 dias e uma concorrência demora, em média, 120 dias.

Santanna lembrou que o pregão eletrônico é o mais eficiente e seguro de todas as modalidades de contratação pública. "Essa medida dificulta a formação dos cartéis porque ninguém sabe quem são os participantes, os concorrentes não são identificados até que ocorra a declaração do vencedor e o comprador público também não é conhecido. Há, portanto, um sigilo muito maior que dificulta combinações e ajustes prévios", disse. [...] (disponível em <<http://www.comprasnet.gov.br/noticias1.asp?id_noticia=206>>, acessado em 22 de fevereiro de 2007).

Assim, ao lado da economia de recursos, em cifra superior a R\$ 600.000.000,00 (seiscentos milhões de reais), verifica-se a mais do que geométrica progressão, ou melhor, difusão e internalização, pelos órgãos da esfera federal de governo, da eleição do pregão, em sua modalidade eletrônica, como o meio mais eficaz para a realização de seus objetivos. De acordo com o noticiado, o incremento dessa utilização, no período de um ano, quase atingiu o percentual de 500% (quinhentos por cento).

Circunstância a merecer nota, diz com a declaração, do Executivo da União, nos exatos e exegéticos termos da lei, quanto à limitação do uso do pregão, seja eletrônico ou presencial, para aquisição de bens ou contratação de serviços que detenham especificação amplamente conhecida no mercado. Essa asserção vai de encontro ao que se percebe no cotidiano, conforme apresentado no subitem anterior.

A segunda notícia, datada de 16.01.2007, e também lavrada pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, na linha da anterior, destaca as principais vantagens, procedimentais e financeiras derivadas do pregão, nos seguintes termos:

O Governo Federal economizou R\$ 1,8 bilhão com o pregão eletrônico em 2006. O valor é a diferença de 14% entre o preço de referência - o preço máximo aceito pela Administração por cada produto ou serviço - e o que efetivamente foi contratado após a disputa on-line entre os fornecedores. O pregão eletrônico do Governo Federal é realizado através do portal www.comprasnet.gov.br e funciona como um leilão reverso no qual a disputa ocorre com o envio sucessivo de lances pela internet. O vencedor é aquele que oferecer o menor preço.

No ano passado, foram adquiridos R\$ 11,1 bilhões através da modalidade eletrônica - 57% do total contratado. Esse balanço confirmou a tendência verificada ao longo do ano na qual a modalidade eletrônica tornou-se a preferida

pelos órgãos públicos federais em suas aquisições. Em 2002, por exemplo, o seu desempenho significou apenas 0,8% do valor contratado. Percentual que subiu para 3,8% em 2003, 5,8% em 2004 e 20,8% em 2005. Com esses resultados, o seu crescimento acumulado em 2006 em relação ao ano de 2002 foi de 17.926%. A segunda modalidade mais utilizada no período foi o pregão presencial que movimentou recursos da ordem de R\$ 4,1 bilhão - 20,8% do contratado. Embora seja gerenciado por um sistema eletrônico, o pregão presencial exige a presença física dos representantes das empresas interessadas em fornecer para o governo durante o leilão.

Em número de processos de compras, foram realizados 27.682 pregões eletrônicos - 64,9% das licitações realizadas no ano e 2.717 pregões presenciais - 6,4% dos processos de aquisição.

Ao todo, o Governo Federal contratou R\$ 19,6 bilhões de bens e serviços comuns em 2006, valor que inclui, além do pregão, outras modalidades com menor desempenho nas contratações do período como concorrência, tomada de preços e concorrência internacional.

Segundo o secretário de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Rogério Santana, o pregão está consolidado no Governo Federal e lembrou que as formas eletrônica e presencial atingiram juntas cerca de 78% das contratações concorrenciais de 2006.

Ele destacou que esse crescimento se deve, especialmente, ao Decreto 5.450 publicado em maio de 2005 que tornou o pregão obrigatório nas contratações públicas no Governo Federal, dando preferência o eletrônico. Além da redução de custos para a administração, ele destacou também outros benefícios do pregão eletrônico como agilidade devido à simplificação do processo de contratação, segurança, transparência e a democratização das licitações públicas já que ocorrem pela internet. Isso diminui o custo das empresas e facilita a participação nas licitações.

Bens e serviços comuns

Nem todas as compras podem ser feitas por pregão que é aplicável, conforme a legislação, apenas para bens e serviços comuns - aqueles com especificação (requisitos exigidos no edital) amplamente conhecida no mercado como serviços de vigilância e limpeza, computadores, materiais de escritório e medicamentos. Conforme Santana, são cerca de 50 mil tipos de produtos e 2,5 mil modalidades de serviços que podem ser contratados através dessa modalidade.

Reconhecimento internacional

O secretário salientou que levantamentos do Banco Mundial (Bird) apontam o Brasil como o maior comprador por meio de leilão reverso eletrônico do mundo e que o sistema de aquisições eletrônicas do país atende aos padrões de qualidade estabelecidos pelo organismo financeiro internacional nessa área.

Num estudo realizado pelo Bird nessa área, o Comprasnet atingiu os patamares máximos de eficiência nos indicadores que avaliaram a transparência na divulgação das licitações e de seus respectivos resultados e na utilização de métodos de licitação competitivos. O Bird analisou as contratações de 2005 e dos três primeiros meses de 2006. Segundo o coordenador do estudo, Alexandre Borges de Oliveira, o sistema brasileiro é uma referência na compra de bens e serviços padronizados para a administração pública. (disponível em <<http://www.comprasnet.gov.br/noticias1.asp?id_noticia=219>>, acesso em 22 de fevereiro de 2007).

"Dados estatísticos mostram um significativo corte no prazo para a conclusão de licitações e ao mesmo tempo a obtenção de uma boa competitividade pelos contratos do governo", frisou. Ele acrescentou que o sistema permite produzir informações e dados gerenciais que são usados em decisões estratégicas e no planejamento de compras futuras.

O Comprasnet foi primeiro sistema do gênero no mundo aceito pelo Banco Mundial e pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) para aquisições envolvendo recursos de ambos os organismos financeiros internacionais.

Conquanto tenha sido lavrada em janeiro de 2007, nesta informação foi divulgada a economia de recursos decorrente do pregão, estimada em montante equivalente a 1,8 bilhões de reais. Assim, não obstante a particularidade de somente ter sido a lei orçamentária da União aprovada em abril de 2006, o que posterga para o segundo semestre o maior quantitativo de certames, infere-se estar confirmada a eficiência do pregão. Ocorre que, em apenas um semestre, o segundo de 2007, considerando-se o dado constante na primeira notícia, houve uma economia igual ao dobro daquela percebida no primeiro. Se m dúvida isso é o reflexo e a prova material quanto – insiste-se –, a eficiência do pregão em relação às demais modalidades clássicas.

Essa singela estatística revela outro dado hábil a autenticar afirmação constante nestas breves linhas, relativa à regra, quase geral, do sobrepreço suportado pela Administração quando contrata sob ao arrimo das modalidades tradicionais. E isso porquanto se tem observado um decréscimo entre os percentuais referidos nas notícias, da ordem de 5,4% (cinco vírgula quatro por cento), relativamente ao preço de referência indicado pela Administração.

A leitura que se pode efetivar, a partir disso, é a evidência de que, mesmo assim, ainda se pode obter maior eficiência no resultado do pregão, eis que se percebe existir, ainda, um sobrepreço suportado pelo Poder Público.

Ao final deste item, permite-se colacionar uma referência às aquisições e contratações realizadas pelo Tribunal de Contas da União, nos exercícios compreendidos entre 2002 e o início de 2007, demonstrando a incontroversa opção pela modalidade pregão²⁹:

Ano	Concorrências	Tom de Preços	Pregão
2002	11	28	10
2003	8	22	26
2004	10	12	40
2005	2	2	49
2006	1	0	63

²⁹ Os dados são relativos ao período de 01.01.2007 a 28.02.2007.

2007	0	2	14
------	---	---	----

Dessa singela grade, além de se perceber a evidente opção pela modalidade mais ágil, célere e econômica, portanto, a mais eficiente para o Poder Público, confirma-se os argumentos antes vertidos, no sentido de que uma gama de serviços contratados em 2002, por exemplo, por modalidade clássica, acabaram sendo, posteriormente, licitados mediante pregão. E isso diz, tanto com os serviços de vigilância armada e desarmada, quanto com aqueles necessários para o desenvolvimento, instalação e configuração de *software* ou programa de computador a serem utilizados pelo órgão³⁰.

3.2.6. A idéia do microcontexto em que inserido o objeto de que necessita a Administração

Então, utilizando o exemplo do item acima, se para o desenvolvimento de um *software* para a Administração, esta percebe a existência de apenas quatro empresas no mercado, tecnicamente habilitadas ao eventual exercício desse mister, ao invés de trilhar-se pela licitação nas modalidades tomada de preços ou concorrência, no tipo técnica e preço ou melhor técnica, mais eficiente seria considerar, a partir do microcontexto desse mercado – por natureza diminuto -, como comum o serviço desejado pela Administração.

Para que essa hipótese possa ser validamente considerada faz-se necessário existir um perfeito detalhamento acerca do objeto a ser desenvolvido para a Administração, o que deverá ser efetivado, sem qualquer dúvida, por integrantes de seu corpo técnico. Note-se que essa asserção não é válida apenas para os serviços de informática, em razão do exemplo invocado. Com efeito, a intenção é que seja aplicado também para a engenharia, a administração, enfim, para as atividades demandadas pelo Poder Público para que possa alcançar satisfatoriamente seus objetivos na implementação de políticas públicas.

Isso, cotejado com a circunstância de existir no mercado mais de um particular em tese habilitado para prestar o objeto solicitado pela Administração tem o condão de ensejar a utilização do pregão, como modalidade idônea de licitação a ser adotada na hipótese.

³⁰ Os dados podem ser conferidos no *site* do Tribunal de Contas da União, no endereço <www.tcu.gov.br>.

Ora, se o fator para inibir a licitação é a ausência de competição, a existência de, no mínimo, dois interessados, satisfaz o pressuposto. E, “padronizável” o serviço objeto da contratação, nas palavras do colendo Tribunal de Contas da União, tem-se que tais interessados irão compreender a necessidade do órgão. Acaso assim não seja, deverão impugnar o instrumento convocatório.

Entretanto, ausente impugnação e declarado o atendimento às condições de habilitação, resta aferir qual seja o melhor preço ofertado. Veja-se que, independentemente dos quesitos descritos pela unidade técnica do órgão, não se faz necessária sua pontuação, aferimento. Consoante ocorre no pregão, desde seu nascimento, cabe verificar, unicamente, o atendimento das exigências do edital. Confirmado isso, estando-se diante do menor preço e sendo ele compatível com aquele estimado pela Administração, deve-se prosseguir com o certame, a fim de ser oportunamente adjudicado o objeto.

Os serviços a serem contratados pela Administração Pública, assim, devem ser devidamente aquilatados no microcontexto no qual inseridos e, a partir desse, acaso viável a licitação, deve ser ela realizada mediante pregão.

4. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE E EFICIENCIA APLICADOS À LICITAÇÃO E SUA INTERPRETAÇÃO EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO

O administrativista Fernandes (2005, p. 30) alerta para o fato de que “quando as normas não trazem em si o significado de determinado termo, resta somente à doutrina o dever de conceituá-lo, a fim de facilitar a compreensão do mesmo e, muitas vezes, da própria norma”.

Essa problemática, conforme alinhavado nos capítulos anteriores, é perceptível no conceito de serviços comuns introduzido pelo artigo 1º da Lei do pregão. Dessa forma, insiste-se na necessidade de proceder o aplicador da previsão uma interpretação hábil a resguardar a eficácia nela existente, dos princípios constitucionais que regem a licitação.

Um dos fatores a inspirarem a elaboração destas linhas foi a percepção de que, no dia-a-dia em que executados os procedimentos e, mesmo após a sua ultimação, acaso avaliados pelo órgão de controle externo, transmutando-se em jurisprudência a ser adotada pelas unidades, não há, no que concerne ao conceito mencionado, rigorosa preocupação com a observância dos princípios como um sistema.

De fato, na maioria dos casos, a ação é direcionada à observância da legalidade e, subsidiariamente a ela, os demais princípios. Essa, contudo, nos termos já delineados, não parece ser a melhor solução.

Em sintonia, a motivação apresentada pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, do Tribunal de Const. da União, exposto no corpo do voto do Acórdão n. 1.707/2005, e assim vertido:

Segundo Inocêncio Mártires Coelho, in *Interpretação Constitucional* (Porto Alegre: Fabris; 1997, p. 90/1), merecem referência no momento da concretização da hermenêutica constitucional os seguintes princípios: unidade da Constituição, segundo o qual tais normas não devem ser consideradas isoladamente, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de regras e princípios; máxima efetividade, baseado no qual a interpretação que se deve emprestar às normas constitucionais tem em mira a atribuição de sentido que lhes confira maior eficácia e efetividade.

E essa a realidade, cotejada com o conceito de eficiência proposto por Moraes³¹ e referido no segundo capítulo que, além de permitir, demanda seja a interpretação das regras próprias da licitação efetivada com base nesse – dentre outros - constitucional princípio. Isso significa, em outras palavras, materializar as ações estatais – leia-se a realização de políticas públicas - mediante o uso racional e otimizado dos recursos financeiros disponíveis almejando, sempre, o incremento e a melhoria na qualidade dos serviços prestados. Os princípios são, vale destacar, a garantia de eficácia na aplicação do sistema jurídico vigente, sendo dele os basilares arrimos. Outra não é a lição do brilhante administrativista Celso Antonio Bandeira de Mello que, ao conceituar princípio, faz-no nas seguintes letras:

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (in Curso de Direito Administrativo. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 882/883).

Neste momento, cabe reproduzir, igualmente, o conceito do princípio da legalidade, também previsto no artigo 37 da Constituição. Para tanto, pertinente o conceito lavrado pelo eminente Alexandre de Moraes, assim vertido:

O tradicional princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da Constituição Federal e anteriormente estudado, aplica-se normalmente na Administração Pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de sua vontade subjetiva, pois na Administração Pública só é permitido a realização de tudo que a lei não proíba. Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de *executor* do direito, que atua sem finalidade própria, mas sim em respeito e atenção aos fins estipulados pela lei visando-se, sempre, a preservação do ordenamento como um todo, consoante ensinamento de Moraes (2001, p. 306).

Di Pietro, ao tecer breve comentário acerca da escola legalista, igualmente nominada de caótica, reportou-se, lucidamente, a Cretella Juunior, para concluir sobre a insuficiência da metodologia e conceituação por ela disseminada como hábil a explicar o Direito Administrativo, a substância dele derivada e, por conseguinte, a insuficiência da

³¹ Cf. Moraes (2001: 312).

legalidade estrita para solucionar as questões concernentes ao procedimento licitatório.

Segundo a renomada autora:

Inúmeras críticas foram opostas a critério legalista. Nas palavras de Cretella Junior (1966,v.1:145), “nem o direito privado está todo contido em seus códigos, nem o Direito Administrativo se esgota nas leis e regulamentos administrativos. O direito tem uma extensão muito mais ampla, pois compreende os conceitos e princípios produzidos pelo lento e penoso labor científico dos juristas, expostos e fundamentados nos tratados doutrinários e nos repertórios de jurisprudência. A ciência jurídica é um conjunto de princípios e não pode consistir em comentários da legislação positiva. (DI PIETRO, 2001, p. 46)

Nessa linha, considerando-se que o administrador somente pode fazer o que a lei permite, percebe-se a estrita vinculação do princípio da eficiência a outro, que lhe é correlato, qual seja, o da economicidade, objetivamente inserido na Lei número 8.666/93 (v.g. artigos 3º, 15 e 57). Em sintonia, no que concerne a atuação vinculada do administrador à lei, o oportuno esclarecimento de Marçal Justen Filho:

No procedimento licitatório, desenvolve-se atividade vinculada. Isso significa ausência de liberdade (como regra) para a autoridade administrativa responsável pela condução da licitação. A lei define as condições da atuação dos agentes administrativos, estabelecendo a ordenação (seqüência) dos atos a serem praticados e impondo condições excludentes de escolhas pessoais ou subjetivas. É evidente que seria inviável transformar o procedimento licitatório, desde a fase interna, numa atividade integralmente vinculada a lei. Isso acarretaria a necessidade de uma lei disciplinando cada licitação. A estrita e absoluta legalidade tornaria inviável o aperfeiçoamento da contratação administrativa. Uma vinculação assim ampla e exaustiva seria tão prejudicial e indesejável quanto a total liberação do administrador para formalizar o contrato que melhor lhe apossasse.

Por isso, a lei ressalva autonomia para a Administração definir as condições da contratação administrativa. Mas, simultaneamente, estrutura o procedimento licitatório de modo a restringir a discricionariedade a determinadas fases ou momentos específicos. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 48).

O renomado autor citado oferece, ainda, satisfatória definição para o mencionado princípio da economicidade, usualmente invocado como insular fator hábil a exculpar a realização de licitação do tipo menor preço. Eis o conceito do renomado administrativista:

Em princípio, a economicidade traduz-se em mero aspecto da chamada “indisponibilidade do interesse coletivo”. Quando se afirma que a licitação destina-se a selecionar a melhor proposta, impõe-se o dever de escolher segundo o princípio da economicidade. Daí por que inúmeras considerações sobre o tema já foram efetuadas acima. No entanto, a questão exige maior aprofundamento, especialmente em face da explícita referência ao postulado da “eficiência”, agregado ao *caput* do art. 37 da CF/88 em virtude da EC n 19/98.

[...]

A Administração Pública está obrigada a ferir os recursos financeiros do modo mais razoável. O princípio da economicidade pode reputar-se também como extensão do princípio da moralidade.

Significa que os recursos públicos deverão ser administrados segundo regras éticas, com integral respeito à probidade. O administrador público não pode

superpor eventuais e egoísticos interesses privados ao interesse coletivo. Não se respeita o princípio da economicidade quando as decisões administrativas conduzem a vantagem pessoal do administrador antes do que ao benefício de toda coletividade.

Mas economicidade significa, ainda mais, o dever de eficiência. Não bastam honestidade e boas intenções para validação de atos administrativos. A economicidade impõe a adoção da solução mais conveniente e eficiente sob o ponto de vista da gestão dos recursos públicos. Toda atividade administrativa envolve uma relação sujeitável a enfoque de custo-benefício. O desenvolvimento da atividade implica produção de custos em diversos níveis. Assim, há custos relacionados com o tempo, com a mão-de-obra etc. Em contrapartida, a atividade produz certos benefícios – também avaliáveis em diversos âmbitos.
[...]

A economicidade consiste em considerar a atividade administrativa sob o prisma econômico. Como os recursos públicos são extremamente escassos, é imperioso que sua utilização produza os melhores resultados econômicos, do ponto de vista quantitativo e qualitativo. Há dever de eficiência gerencial que recai sobre o agente público. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 48).

Essa realidade de embate entre a legalidade e a eficiência – eventualmente qualificada pela economicidade -, poderia ser geradora de uma antinomia, intolerável no ordenamento jurídico³², para cuja hipótese foi disponibilizada, por Bobbio, uma gama de critérios de solução de antinomia. Sobre a relevante questão, o jurista observa que

[...] como antinomia significa o encontro de duas proposições incompatíveis, que não podem ser ambas verdadeiras, e, com referência a um sistema normativo, o encontro de duas normas que não podem ser ambas aplicadas, a eliminação do inconveniente não poderá consistir em outra coisa senão na eliminação de uma das duas normas (no caso de normas contrárias, também na eliminação das duas). Mas qual das duas normas deve ser eliminada? Aqui está o problema mais grave das antinomias. (BOBBIO, 1997)

Em seguida, depois de situar a problemática das antinomias “solúveis” e “insolúveis”, oferece, o jurista italiano, os critérios cronológico, hierárquico e da especialidade, como úteis à resolução das antinomias, aparentes ou reais. De fato, equacionar a aparente antinomia existente entre principiologia do artigo 37, da Constituição e, de outro lado, as prescrições do artigo 1º, da Lei número 10.520, de maio de 2002, é facilmente superável ante a aplicação do critério da hierarquia.

Todavia, não é tranqüila a satisfação do conflito – também aparente, registre-se -, decorrente da possibilidade de incidência, à mesma hipótese, de duas ou mais regras de idêntica hierarquia. Nesta situação, enquadram-se as anteriormente citadas previsões – ou eficácias – dos princípios contidos no caput do artigo 37 da Constituição. Estar-se-ia, portanto, diante do que BOBBIO (1997), nomina de *insuficiência de critérios*. Note-se que, sendo impossível a imediata exclusão, do ordenamento, de uma ou mais regras, a fim de

³² Aqui se está relevando a conceituação de BOBBIO (1997) entre regras, normas e princípios.

que uma única permaneça, faz-se necessária a preservação da higidez do conjunto. Dessa forma, sendo elas contemporâneas e, ainda, de mesmo nível hierárquico, resta estabelecer um nível de graduação entre elas.

Aqui nasce o campo fértil à incidência do princípio da proporcionalidade, como mediador da eficácia – em maior ou menor grau -, de regramentos de similar nível. Com efeito, Suzana de Toledo Barros (2000), explica que o “o equacionamento de um conflito entre princípios é regido pela proporcionalidade em sentido estrito, daí que este elemento do cânone da proporcionalidade é um consectário lógico da natureza de princípio da norma de direito fundamental.” Sem dúvida, não seria viável a consecução de uma política pública como a do aprimoramento e facilidade de acesso à prestação jurisdicional, acaso não relevado, na aplicação do princípio da eficiência no agir da Administração, os basilares objetivos da República, conforme disposto no artigo 3º, da Constituição.

Norberto Bobbio ao tecer breve comentário acerca da questão, esclarece que

[...] dessa colocação podemos tirar luz para iluminar um problema controvertido: a compatibilidade é uma condição necessária para a validade de uma norma jurídica? Aqui devemos responder negativamente (...). *Dois normas incompatíveis do mesmo nível e contemporâneas são ambas válidas.* Não podem ser, ao mesmo tempo, ambas eficazes, no sentido de que a aplicação de uma ao caso concreto exclui a aplicação de outra; mas são ambas válidas, no sentido de que, apesar de seu conflito, ambas continuam a existir no sistema, e não há remédio para sua eliminação (além, é claro, da ab-rogação legislativa). A coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a *justiça* do ordenamento. (BOBBIO, 1997)

Essa também é a justificativa para o argumento de Alexandre Santos Aragão quando propõe outra pertinente lição, no sentido de que

[...] devemos atentar que, já na década de 70, Norberto Bobbio notava a emergência de uma ‘teoria realista do direito’, que volta a sua atenção mais à efetividade que à validade formal das normas jurídicas, colocando o acento, mais do que sobre a auto-suficiência do sistema jurídico, sobre a inter-relação entre sistema jurídico e sistema econômico, entre sistema jurídico e sistema político, entre sistema jurídico e sistema social em seu conjunto, (...) procurando o seu objeto, em última instância, não tanto nas regras do sistema dado, mas sim na análise das relações e dos valores sociais dos quais se extraem as regras dos sistemas. (...) A ciência jurídica não é mais uma ilha, mas uma região entre outras de um vasto continente. (SANTOS ARAGÃO, 2004, p. 709).

E essa a realidade, cotejada com o conceito de eficiência proposto anteriormente, além de permitir, demanda seja a interpretação das regras próprias da licitação efetivada com base nesse – dentre outros - constitucional princípio. Isso significa, em outras palavras, materializar as ações estatais – leia-se a realização de políticas públicas - mediante o uso racional e otimizado dos poucos recursos financeiros disponíveis almejando, sempre, o

incremento e a melhoria na qualidade dos serviços prestados. Os princípios são, vale destacar, a garantia de eficácia na aplicação do sistema jurídico vigente, sendo dele os basilares arrimos. Outra não é a lição do brilhante administrativista Celso Antonio Bandeira de Mello (2005, p. 882) que, ao conceituar princípio, faz-no nas seguintes letras:

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (BANDEIRA MELLO, 2005, p. 882-883).

Neste momento, deve-se ter em mente o conceito de serviços comuns nos termos em que prevê a Lei, ou seja, aqueles cujos padrões de desempenho possam ser objetivamente aquilatados a partir de referenciais existentes no mercado. Sua qualidade, igualmente, deve ser objetivamente avaliada. Entretanto, diversamente do que apregoam a doutrina e jurisprudência majoritárias, acredita-se que essa avaliação deva ser feita sob a luz solar do princípio da eficiência e não, de forma a privilegiar a eficácia do princípio da legalidade.

Nessa senda e retomando o que contido no terceiro capítulo, quanto à pertinência de se aquilatar o objeto a ser contratado dentro de seu microcontexto, essa parece ser a exteriorização da mencionada interpretação sistemática, com irrestrito reconhecimento aos dois princípios de natureza constitucional. Esse raciocínio, valorizando a eficiência já parece estar sendo delineado pela Corte de Contas Federal, nos termos das prescrições do seu Acórdão n. 58/2007. De fato, no capítulo quarto foi demonstrada a tendência de flexibilização, pela nova Lei n. 10520, de maio de 2002, quanto aos aspectos da licitação do tipo técnica e preço.

Data máxima vênua, com tal conclusão não se pode compartilhar. Ocorre que, em verdade, não se trata de uma flexibilização, mas sim de uma leitura da disposição legal, efetivada com sustentáculo nos princípios que lhe asseguram validade e eficácia. Mas essa base, agora, não é mais dominada pela legalidade, e sim parcimoniosamente composta pela quinária principiológica inserida no *caput* do artigo 37 da Constituição.

Trata-se, portanto, do reconhecimento da necessidade de adotarem-se os critérios jurídico-científicos da interpretação sistemática e da solução de antinomias como suficientes para respaldar o gradual abandono da legalidade estrita, no que tange ao

reconhecimento e classificação dos serviços comuns a serem licitados, mediante pregão, pela Administração Pública.

CONCLUSÃO

Diante do que foi argumentado, tendo-se presente ser a licitação um mecanismo pelo qual a Administração Pública brasileira apenas adquire bens ou contrata os serviços que lhe são necessários para a execução de suas políticas públicas, tem-se devam ser tais procedimentos materializados sob à luz dos princípios reitores do instituto, conforme previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição.

Isso não significa dar continuidade, entretanto, à supremacia da legalidade em detrimento das demais eficácias. Ora, se a Lei nº. 10.520, de maio de 2002, inseriu no mundo jurídico uma modalidade licitatória mais ampla, célere, ágil, simplificada e econômica, qual a razão para limitar a sua utilização aos serviços comuns, unicamente?

Com efeito, a redação hoje conferida ao artigo 1º e seu parágrafo único, ambos da citada Lei do pregão, na forma como vem sido lida, inibe a percepção dos efeitos do princípio da eficiência. Se a lei entendeu devam ser os parâmetros de desempenho e qualidade objetivamente definidos a partir do que usualmente encontrado no mercado, resta ao intérprete e ao aplicador, guiados pelos critérios científicos da sistematicidade na interpretação da Constituição e da solução de antinomias – reais ou aparentes – definir qual seja esse mercado a que se reporta a legislação.

Nesse contexto, em que se almeja realizar um equacionamento da incidência dos princípios da legalidade e da eficiência sobre a licitação, é de ser o objeto necessário para a Administração, aferido dentro de seu microcontexto e não de forma ampla e genérica.

Em conseqüência, o desenvolvimento de programas de computador, por exemplo poderá ser regularmente classificado como comum – ou não complexo -, desde que os técnicos da unidade interessada possam descrevê-lo de forma objetiva e, mais do que isso, existam no mínimo dois particulares habilitados para desenvolvê-lo.

Tais quesitos, acaso demonstrados, imprimem regularidade na opção do administrador, acaso opte por licitar ao arrimo do pregão, em detrimento, assim, de uma tomada de preços do tipo técnica e preço. E isso porquanto preservam a higidez dos princípios constitucionais reitores do procedimento, bem como satisfazem de forma idônea

os preceitos contidos na legislação infraconstitucional, inclusive no que concerne à economicidade.

Essa solução, além do mais, torna impertinente a motivação voltada ao reconhecimento da flexibilização da licitação no tipo técnica e preço em virtude da Lei do pregão, cuja vigência já vai completar cinco anos. Essa solução, de fato, por valer-se dos critérios científico-jurídicos acima consignados e relativos à interpretação e solução de conflitos, espelha resposta mais coerente com objetivo de manter a unidade do ordenamento jurídico.

De acordo com o mestre Canotilho, esse mesmo ordenamento jurídico não confere ao legislador e, tampouco ao administrador, o direito de definir a adoção, a utilização de um sistema ou procedimento quando diante de outro que ofereça, com identidade de segurança, resultados mais eficazes e, portanto, geradores de menores desvantagens para os cidadãos.

E, o menor gravame, seja procedimental, seja financeiro, consoante revelado no capítulo terceiro mediante as informações do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, deriva da utilização do pregão, em detrimento das modalidades clássicas.

Alternativamente, a fim de que preservada a unidade e a coerência do ordenamento jurídico, neste aspecto, deve ser sugerida a retificação do texto do artigo 1º da Lei nº. 10.520, de maio de 2002. De fato, considerando-se que o objeto a ser contratado, por mais singelo que seja, deverá ter suas características técnicas objetivamente delineadas, não se nos afigura árduo formular tal detalhamento para serviços de maior grau de complexidade, mormente diante dos benefícios resultantes de tal conduta. E isso pode ser alcançado mediante utilização da idéia ora proposta.

Não sendo assim, contudo, cabe aproveitar o ensejo do debate acerca do Projeto de Lei nº. 7.709, de 2007, para nele incluir a supressão do termo “comum” da redação ora conferida ao aludido artigo 1º da Lei do pregão. Essa alternativa, pois, para imprimir no ordenamento, o mesmo efeito decorrente da interpretação sistemática dos preceitos constitucionais.

O referido projeto, contudo, não contempla até o presente momento, essa perspectiva. E, não obstante facultar – acaso aprovado – ao gestor inverter as fases de habilitação e proposta comercial, como já ocorre no pregão, não estendeu à Comissão de Licitações a possibilidade de negociar o preço final com o licitante provisoriamente

classificado em primeiro lugar. Essa prática, igualmente existente desde a concepção do pregão, é um dos mecanismos que, por vezes impede o fracasso do certame. Sendo o preço ofertado muito distinto daquele previamente estimado pela Administração, para mais ou para menos, estará a Comissão impedida de redimensioná-lo o que, sem dúvida, é incompreensível, senão matiz de irresponsabilidade.

Entretanto, dada a notória dificuldade para que se ultime a sugerida modificação legislativa, recomenda-se uma profunda reflexão acerca da primeira solução apontada, capaz de facilitar e tornar mais eficiente e econômico, o procedimento de contratações da Administração Pública.

Assim, visando à aplicação do que prescreve o artigo primeiro da Lei do pregão, e observada a eficácia que se pretende imprimir ao constitucional princípio da eficiência, tem-se deva ser a expressão *serviços comuns* naquele contida, interpretada mediante a análise do microcontexto do mercado em que disponibilizados – o objeto - os serviços necessários para que a Administração Pública possa satisfazer seus objetivos.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. 845 p.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 882/883).

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. 224 p.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10ª ed. Brasília: UnB, 1997. 184 p.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004. 806 p.

BRASIL. Palácio do Planalto. Casa Civil. Legislação. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 22 fev. 2007.

BRASIL. Palácio do Planalto. Casa Civil. Legislação. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Dispõe sobre o regulamento do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 22 fev. 2007.

BRASIL. Palácio do Planalto. Casa Civil. Legislação. Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 22 fev. 2007.

BRASIL. Palácio do Planalto. Casa Civil. Legislação. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. Dispõe sobre a instituição, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm>. Acesso em: 22 fev. 2007.

BRASIL. Palácio do Planalto. Casa Civil. Projeto de Lei n. 7.709/2007. Altera dispositivos da Lei n 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e da

outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2007/MSG39-070122.html>. Acesso em: 22 fev. 2007.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Jurisprudência. Pesquisa livre: serviços comuns. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/PesquisaFormulario>> Acesso em: 22 fev. 2007.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Institucional. COJEF. Disponível em: <http://www.trf4.gov.br/trf4/institucional.php?id=jefs_apres> Acesso em: 22 fev. 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1987. 913 p.

CERVO, Fabíola. *O princípio da proporcionalidade na aplicação das sanções previstas no art. 12 da lei 8.429/92 (lei de improbidade administrativa)*. 2006. 97f. Monografia (conclusão de curso) – Centro Universitário Ritter dos Reis, Faculdade de Direito, Canoas, 2006.

CHICÓSKI, Davi. *O Princípio da Eficiência e o Procedimento Administrativo*. A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte: n. 18, out/dez. 2004, p. 177.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 238 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. 823 p.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. 809 p.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 586 p.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005. 719 p.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. 734 p.

MISOCZKY, Maria Ceci. Dilemas da Burocracia no Campo das Políticas Públicas: Neutralidade, Competição ou Engajamento? *Organização & Sociedade*, v. 8, n. 20, p. 61-72, 2001.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001. 836 p.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 836 p.

MORAES, Alexandre de. Justiça rápida e combate efetivo à corrupção. Disponível em: <http://www.cnj.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=567Itemid=129> Acesso em: 22 fev. 2007.

MORAES, Alexandre de. [coordenador] *Reforma administrativa: emenda constitucional número 19/98*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 29.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 1239 p.

REIS, Palhares Moreira. *O princípio da eficiência na Constituição*. Boletim de Direito Administrativo – BDA. São Paulo: n. 880, Novembro/2001.

ANEXO I

Por solicitação do Autor, os anexos deste trabalho não poderão ser divulgados.