



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC**

**MARÍLIA GABRIELA RAMOS MULLER DA SILVA**

**A UTILIZAÇÃO DO PREGÃO ELETRÔNICO EM OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO  
DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**JUIZ DE FORA**

**2010**

**MARÍLIA GABRIELA RAMOS MULLER DA SILVA**

**A UTILIZAÇÃO DO PREGÃO ELETRÔNICO EM OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO  
DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito à obtenção de título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Luciana de Oliveira Zimmermann

**JUIZ DE FORA**

**2010**

**MARÍLIA GABRIELA RAMOS MULLER DA SILVA**

**A UTILIZAÇÃO DO PREGÃO ELETRÔNICO EM OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO  
DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito à obtenção de título de Bacharel em Direito.

Aprovado em: \_\_/\_\_/\_\_\_\_

---

Professora Luciana de Oliveira Zimmermann – Orientadora

---

Professor

---

Professor

## **AGRADECIMENTOS**

Em primeiro lugar agradeço ao Senhor Jesus que por intermédio de suas poderosas mãos me concede mais essa vitória.

Ao meu marido Douglas, que demonstra seu amor a todo tempo em forma de incentivo e força.

Aos meus pais, em especial à minha mãe Cleotildes, por ser meu exemplo de perseverança, e por sempre sonhar para mim sonhos grandes.

A minha irmã, Fernanda, sempre brincalhona, é fonte de muita alegria em minha vida.

Às minhas tias Mariza e Cecília e minhas primas Laura e Sandra, que representaram na minha história um recomeço quando tudo parecia perdido.

Agradeço ainda à minha orientadora, Professora Luciana de Oliveira Zimmermann, que aceitou a árdua e paciente tarefa de me orientar, dividindo seu excepcional conhecimento sobre o assunto e dedicando parte valiosa de seu tempo na minha formação acadêmica.

## RESUMO

A proposta desse trabalho é realizar um estudo específico no campo das licitações administrativas, em especial o pregão em sua modalidade eletrônica, entendendo que na atualidade essa forma licitatória é a que mais representa a aplicação do princípio da eficiência na Administração Pública. O trabalho foi desenvolvido através principalmente de pesquisa bibliográfica, em consulta a obras que abordam o assunto, e em leis, decretos e outras normas que disciplinam o assunto no ordenamento jurídico pátrio. Partindo de considerações iniciais proporcionadas por um breve estudo do princípio da eficiência e da Lei 8666/93, iniciará em um segundo momento, de forma específica, na modalidade pregão, estudando esse procedimento licitatório em todas as suas fases, para posteriormente desenvolver-se o estudo do pregão em sua modalidade eletrônica. Foi desenvolvida uma abordagem especial do tema dentro do assunto das empresas públicas e sociedades de economia mista, no intuito de fazer uma reflexão sobre a utilização do pregão eletrônico dentro dessas entidades.

**Palavras-chave:** Licitação pública. Pregão eletrônico. Princípio da eficiência. Empresas Estatais.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>7</b>
<b>2 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.....</b>	<b>10</b>
<b>3 LICITAÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>3.1 Destinatários.....</b>	<b>13</b>
<b>3.2 Modalidades .....</b>	<b>13</b>
<b>3.3 Princípios Genéricos Aplicados às Licitações Públicas.....</b>	<b>14</b>
3.3.1 Princípios básicos.....	15
3.3.2 Princípios específicos.....	16
<b>4 PREGÃO.....</b>	<b>18</b>
<b>4.1 Aspectos Gerais.....</b>	<b>18</b>
<b>4.2 Conceito.....</b>	<b>18</b>
4.2.1 Adoção facultativa.....	19
<b>4.3 Procedimentos.....</b>	<b>20</b>
4.3.1 Fase interna ou preparatória.....	20
4.3.2 Fase externa.....	21
<b>4.4 Princípios aplicados ao pregão.....</b>	<b>22</b>
<b>4.5 O pregão eletrônico.....</b>	<b>24</b>
4.5.1 O pregão eletrônico e o princípio da eficiência.....	25
<b>5 PREGÃO ELETRÔNICO NAS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA.....</b>	<b>27</b>
<b>5.1 Empresas públicas.....</b>	<b>27</b>
5.1.1 Conceito.....	27
<b>5.2 Sociedades de economia mista.....</b>	<b>28</b>
5.2.1 Conceito.....	28
<b>5.3 Diferenças entre empresas públicas e sociedades de economia mista.....</b>	<b>29</b>
<b>5.4 As licitações das empresas publicas e sociedades de economia mista.....</b>	<b>30</b>
<b>5.5 A utilização do pregão eletrônico nas empresas públicas e sociedades de economia mista.....</b>	<b>31</b>
<b>6 CONCLUSÃO.....</b>	<b>34</b>
<b>7 REFERÊNCIAS.....</b>	<b>36</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei 8.666/93 foi instituída pelo Governo Federal para normatizar os processos de contratação de obras, serviços, publicidade, compras alienações e locações, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Dentre as modalidades estabelecidas por essa Lei para disciplinar esses processos no setor público, estão a concorrência, tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão. Em 2002, surge a chamada “sexta modalidade”, denominada pregão, a qual passou a vigorar em todo território nacional por meio da Lei nº 10.520 do mesmo ano, com o objetivo de acelerar de forma econômica e satisfatória a aquisição de bens e serviços comuns.

O pregão na sua forma eletrônica vem sendo comumente utilizado pela Administração Pública na aquisição dos referidos bens, demonstrando a satisfação com esse procedimento que de forma resumida, é capaz de atingir os mesmos fins a que se propõem as outras modalidades de licitação.

O pregão eletrônico está regulado pelo Decreto 5.450 de 31 de maio de 2005, e em seu art.1º, § 1º determina que essa modalidade seja obrigatoriamente utilizada, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, que deve ser justificada pela autoridade competente. Tal obrigatoriedade do uso desta modalidade de licitação é também determinado no Decreto 5.504 de 5 de agosto de 2005.

A inversão das fases de habilitação e classificação dos licitantes foi a grande inovação trazida pelo pregão, isso significa que, o exame da documentação é feito apenas para o licitante detentor do melhor preço obtido por meio de proposta ou lance realizado presencialmente, ou de maneira virtual nos casos de pregão eletrônico. Sendo assim, uma maior celeridade do processo licitatório traz economia processual e, conseqüentemente, eficiência no processo.

Logo, o presente trabalho utilizou como referencial teórico a teoria do princípio da eficiência que, apesar de existência relativamente recente no ordenamento jurídico, carrega em sua essência o que a sociedade sempre buscou dentro da atividade administrativa: resultados satisfatórios que demonstrem que a Administração Pública investiu seus recursos de forma inteligente, combatendo desperdícios sem comprometer a qualidade de seus serviços. O que vem a demonstrar que o pregão, principalmente na modalidade eletrônica, é uma forma da Administração Pública aplicar o princípio da eficiência nas suas contratações, e como reflexo melhorando a sua atuação.

Neste caso, questiona-se que, com as vantagens existentes no pregão eletrônico, é de se observar se a permissão concedida por lei para a sua atuação já não está defasada? E se atualmente, ele não poderia ser empregado de forma mais abrangente, alcançando até mesmo alguns dos objetos definidos pela Lei 8.666/93?

Esse questionamento torna-se mais importante quando se faz referência ao uso do pregão eletrônico nas empresas públicas e sociedades de economia mista de caráter econômico, já que as de caráter de prestação de serviço desenvolvem atividades típicas e exclusivas da Administração, sendo regulamentadas pela vasta legislação em vigor. O questionamento levantado por este trabalho, refere-se à possibilidade das empresas públicas usarem de fato seu direito constitucionalmente garantido de criarem seus próprios regulamentos, inclusive quanto ao procedimento das licitações, o que proporcionaria a inclusão do pregão eletrônico, de forma mais expressiva nas contratações dessas entidades.

Essa reflexão se torna válida, uma vez que, no tocante à utilização do pregão eletrônico nessas “estatais”, resta comprovado que seu processo é célere e menos oneroso aos cofres públicos, facilitando ainda a fiscalização contra fraudes e qualquer ato de corrupção, já que o processo é todo informatizado, demonstrando, assim, o respeito ao princípio da eficiência.

Nesta seara, verifica-se que o estudo será realizado através de uma análise teórico-metodológica, que busque ajudar a atualizar a legislação das licitações e criar, na prática, meios de realizar a licitação condizente com os anseios da sociedade e com as peculiaridades dos seus destinatários, em consonância com o princípio constitucional da eficiência da Administração Pública.

Quanto à técnica de pesquisa, opta-se pela documentação indireta, tendo como fontes tanto dados primários, como legislação e jurisprudência; quanto dados secundários como livros e artigos.

O trabalho é composto por sei capítulos, sendo que no próximo capítulo foi abordado o tema “ o princípio da eficiência” por que será a partir da análise desse princípio que se desenvolverá o trabalho em questão, procurando a todo tempo ressaltar sua importância dentro de todas as fases do procedimento licitatório.

Já o terceiro capítulo será dedicado ao estudo da Lei 8.666/93 que institui o processo licitatório, procurando expor de uma forma breve em que pontos essa Lei tem ou não conseguido desempenhar sua função levando em consideração o princípio da eficiência

O quarto capítulo entrará de forma específica no estudo do pregão, inclusive na sua forma eletrônica, no intuito de demonstra as características peculiares que envolvem esse instituto e até que ponto se mostra mais eficiente do que as demais modalidades licitatórias.

Por fim, o quinto capítulo, terá a missão de apresentar a realidade dos procedimentos licitatórios que envolvem as empresas públicas e sociedades de economia mistas e de que maneira o pregão eletrônico poderia contribuir mais com essas entidades em seus procedimentos licitatórios.

Concluindo, busca-se com esse estudo demonstrar as melhorias que a Administração pública de um modo geral poderia obter se considerar a possibilidade de rever seu procedimento licitatório, o que seria demonstrado na forma de resultados mais eficientes.

## 2 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

O Princípio da Eficiência passou a fazer parte do art. 37 da Constituição Federal através da Emenda Constitucional de nº 19/98, passando a pertencer ao conjunto de princípios constitucionais que regem a Administração pública.

No projeto da emenda, este princípio era identificado pela expressão “qualidade do serviço prestado”, esclarecendo que sua finalidade é a busca de resultados satisfatórios na atividade administrativa, o que demonstra nas palavras do jurista José do Santos Carvalho Filho (2009, p.29), decorre de um “descontentamento da sociedade diante da antiga impotência da Administração na luta contra a deficiente prestação de tantos serviços públicos que incontáveis prejuízos já causou aos usuários”.

Segundo o doutrinador Alexandre de Moraes (2005), as características do Princípio da Eficiência são: busca do bem comum nas atividades e nos serviços públicos, imparcialidade, neutralidade, transparência, participação e aproximação dos serviços públicos da população, eficácia, desburocratização e busca de qualidade. Vale ressaltar que a base desse princípio é o emprego racional do dinheiro público, reduzindo os desperdícios e, ao mesmo tempo, oferecendo aos usuários um serviço de qualidade.

Por essas características, podemos concluir que, juntamente com os Princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade e Publicidade, o Princípio da Eficiência não visa apenas traçar um caminho a ser percorrido pela Administração, mas sim alcançar os Agentes públicos, que pelas suas atuações, são os principais destinatários desse princípio.

Outra consequência importante, trazida pelo princípio de eficiência, por meio da Emenda Constitucional 19/98, foi o § 3º do art. 37 que traz uma garantia para o usuário do serviço público de fiscalizar e cobrar a real eficiência desses serviços, por meio de legislação específica. Isto demonstra o empenho por parte do legislador em oferecer meios que possam medir o quanto um serviço prestado pela Administração está sendo realmente eficiente ou não, e o quanto ela está de fato empenhada em melhor atender os interesses da sociedade. Sendo assim, é pertinente a consideração feita por Carvalho Filho(2009, p.28):

“Vale a pena observar, entretanto, que o princípio da eficiência não alcança apenas os serviços públicos prestados diretamente à coletividade. Ao contrário, deve ser observado também em relação aos serviços administrativos internos das pessoas federativas e das pessoas a elas vinculadas. Significa que a Administração deve recorrer à moderna tecnologia e aos métodos hoje adotados para obter a qualidade total da execução das atividades a seu cargo, criando, inclusive novo organograma em que se destaquem as funções gerenciais e a competência dos agentes que devem exercê-las”.

Pode-se afirmar que, orientada pelo Princípio da Eficiência e buscando seus reais efeitos, a Administração deve sempre se atualizar, buscando tecnologias e métodos modernos capazes de proporcionar uma eficiência cada vez maior em seus serviços, ela não pode ficar estagnada, ao contrário, deve sempre ter a sua disposição ferramentas e meios eficazes, participando dessa forma de uma constante renovação em seus procedimentos. E é nesse contexto, que se estudará a relação direta entre esse princípio e a utilização do pregão eletrônico nas licitações públicas, dedicando os próximos capítulos a uma análise aprofundada sobre esse tema.

Preciosa lição pode ser tirada dos ensinamentos de Carvalho Filho (2009, p.30) quanto à distinção que deve ser feita entre os termos “eficiência”, “eficácia” e “efetividade”:

“A eficiência não se confunde com a eficácia nem com a efetividade. A eficiência transmite sentido relacionado ao modo pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa; a idéia diz respeito, portanto, a conduta dos agentes. Por outro lado, eficácia tem relação com os meios e instrumentos empregados pelos agentes no exercício de seus misteres na administração; o sentido aqui é tipicamente instrumental. Finalmente, a efetividade é voltada para os resultados obtidos com as ações administrativas; sobreleva nesse aspecto a positividade dos objetivos”.

Com esses esclarecimentos, pode-se afirmar que o princípio da eficiência representa não uma ferramenta isolada, mas um conjunto de ações e princípios que devem ser colocados em prática, com o escopo de alcançar resultados satisfatórios no desenvolvimento da atividade administrativa, e também, nos efeitos que essas atividades causam na sociedade usuária desses serviços.

### 3 LICITAÇÃO

É sabido que as atividades desenvolvidas nos procedimentos administrativos são carregadas de complexidades, que a todo tempo não podem desviar o foco de sua finalidade, ou seja, o interesse público. É sabido também, que para alcançar tal objetivo, não dispõe a Administração pública, sozinha, de todos os recursos materiais e humanos necessários. A todo tempo, ela precisa contratar recursos que proporcionem resultados satisfatórios no cumprimento de suas atividades.

Diferente do particular, o qual possui total liberdade para contratação, limitando-se apenas a não fazer o que a lei proíbe, o Poder Público somente poderá contratar obras, serviços, compras, alienações, concessões, e locações, obedecendo a um procedimento rigoroso previsto e estabelecido em lei específica. Esse procedimento é a licitação.

Vários são os conceitos de licitação, dentre eles podemos citar o de Celso Antonio Bandeira de Mello (2006, p. 481):

“É o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir, ou locar bens, realizar obras e serviços, outorgar concessões, permissões de obras, serviços ou de uso exclusivo do Poder Público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados”.

Quanto à natureza jurídica da licitação, vale destacar o ensinamento do doutrinador José do Santos Carvalho Filho (2009, p. 226), de que “a natureza jurídica da licitação é a de procedimento administrativo com fim seletivo”. O que demonstra que é preciso que a Administração selecione o que pretende contratar, uma vez que, na sua atuação deverá observar o princípio da Eficiência.

A exigência de licitação é prevista na Constituição Federal, no artigo 22, XXVII, quando estabelece a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais, e aos Estados, Distrito Federal e Municípios será lícito legislar sobre normas específicas, e ainda no artigo 37, XXI o qual dispõe que:

Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras e serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições todos os concorrentes com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas das propostas, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.(BRASIL, 1988)

A lei que regula as licitações é a lei nº. 8666 de 21/06/1993, que trata dos princípios que norteiam as licitações, além também das proibições de ampliação dos casos de dispensa e inexigibilidade.

### **3.1 Destinatários**

Na Lei 8666/93, em seu art. 1º, § único, resta declarado que:

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 diretamente ou indiretamente pela União, Estados Distrito Federal e Municípios (BRASIL, 1993).

São esses os destinatários da Lei 8666/93, e que, portanto, devem licitar para contratar. Em referência às empresas públicas e sociedades de economia mista, vale a observação feita por Carvalho Filho (2009, p.229):

No que concerne as empresas públicas e as sociedades de economia mista que explorem atividades econômico-empresariais, urge conciliar o art. 37, XXI, e o art. 1º, parágrafo único, do Estatuto, com o art. 173, § 1º, CF. É que referidos entes, embora integrantes da Administração Indireta, desempenham operações peculiares, de nítido caráter econômico, que estão vinculadas aos próprios objetivos da entidade; são atividade-fim dessas pessoas. Nesse caso, é forçoso reconhecer a inaplicabilidade do Estatuto por absoluta impossibilidade jurídica [...]

[...] A Emenda Constitucional nº19/98, alterando o art. 173, § 1º da CF, admitiu que lei venha a regular especificamente a contratação a as licitações relativas as empresas públicas e sociedades de economia mista, observados os princípios gerais desses institutos. Significa que nova disciplina sobre a matéria, específicas para essas pessoas administrativas, será estabelecida em lei própria, seguindo-se, em consequência, que a Lei 8666/93 sofrerá derrogação no que toca à aplicabilidade de suas normas sobre essas referidas entidades.

Sobre esse aspecto envolvendo as empresas públicas e sociedades de economia mista e as licitações, será desenvolvido capítulo próprio no decorrer do presente trabalho.

### **3.2 Modalidades**

São cinco as modalidades de licitação previstas na Lei 8.666/93, que segundo o seu art. 22 são: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. As três primeiras têm como objetivo a contratação de obras, serviços e fornecimento de materiais, enquanto a modalidade concurso é destinada à escolha de trabalho técnico, artístico ou científico e a

modalidade leilão, tem três objetivos: vender bens móveis inservíveis, vender produtos legalmente apreendidos ou penhorados e alienar bens imóveis adquiridos em procedimento judicial ou por meio de dação em pagamento.

Ressalta-se que, no campo das licitações, tem-se também a lei nº. 10520 de 17 de julho de 2002, que instituiu a nova modalidade de licitação denominada pregão. Porém, por tratar-se de tema central desse trabalho, iremos abordar o assunto de forma mais detalhada nos próximos capítulos.

Por fim, segundo o art. 45, § 1º da Lei 8666/93, tem-se que a modalidade de licitação escolhida pela Administração Pública para contratar também se diferencia quanto à busca da melhor proposta, que pode ser: pelo menor preço, melhor técnica, ou técnica e preço, ou ainda, maior lance ou oferta.

### **3.3 Princípios Genéricos Aplicados às Licitações Públicas**

A Lei nº 8.666/93 em seu art. 3º cita os princípios que devem ser observados nas licitações públicas:

O 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. (BRASIL, 1993)

Pode-se observar que dentro do citado artigo, encontram-se duas categorias de princípios, os chamados princípios básicos e os princípios específicos da licitação. Destaca-se também que, no momento de publicação da citada Lei, ou seja, no ano de 1993, o princípio da eficiência ainda não tinha previsão expressa na Constituição Federal de 1988, sendo sua necessidade constatada anos mais tarde, o que o fez se integrar à lei Magna apenas em 1998, com a Emenda Constitucional n º 19.

A importância dos estudos dos princípios reside na validade jurídica da licitação como ensina Carvalho Filho (2009, p. 232):

“Como foi instituída por fundamentos próprios, a licitação é norteada por alguns princípios, alguns dos quais expressos em lei, os quais definem os lineamentos em que se deve situar o procedimento. Não raras vezes, a verificação da validade ou

invalidez de atos do procedimento leva em consideração esses princípios, razão por que devem eles merecer comentário em apartado”.

### 3.3.1 Princípios básicos

O primeiro é obviamente o da legalidade, como não poderia deixar de ser, pois todo procedimento licitatório só pode se desenvolver em conformidade com o que determina a lei. Sendo assim, as partes devem agir estritamente pelo que preceitua o instrumento convocatório e a própria Lei 8666/93.

Já o princípio da impessoalidade determina que critérios subjetivos ou pessoais não podem fazer parte do processo de licitação, refere-se, portanto, ao tratamento dispensado aos licitantes, que deve ser igual para todos, respeitando e levando em consideração as desigualdades existentes entre eles e o próprio Poder Público.

E ainda, o princípio da moralidade apesar de ser de difícil definição, pode-se dizer que está ligado ao aspecto de preservar a licitude do procedimento licitatório, coibindo qualquer conduta imoral por parte dos particulares e do próprio agente público; está inteiramente ligado ao princípio da legalidade, pois só é moralmente aceita a conduta pré-estabelecida em lei.

O princípio da igualdade visa preservar o caráter competitivo da licitação, oferecendo a todos os licitantes as mesmas condições de concorrência, vedando qualquer discriminação. O art. 90 da Lei 8666/93 afirma que a fraude a competição entre os licitantes é crime.

Pela Lei 8666/93, tem-se ainda o princípio da publicidade, o qual busca trazer a transparência ao processo licitatório na forma de exibição dos atos que o compõem, como, por exemplo, as divulgações do Edital e das decisões. O § 3º do art. 3º da referida lei exprime esse princípio, quando assegura que a licitação não será sigilosa e que todos os atos do procedimento serão acessíveis ao público.

Cumpra ainda ressaltar, que como foi dito alhures, o princípio da eficiência também deve ser considerado um princípio básico do procedimento licitatório, mesmo não estando previsto na Lei 8666/93, por questões temporais, uma vez que, a Administração Pública por ter que atuar sempre buscando resultados satisfatórios, prestando serviços com qualidade, deve se ater a este princípio também na hora de licitar. Portanto, o procedimento licitatório também deve ser eficiente, para que haja a escolha da melhor proposta, e em tempo hábil, para satisfazer as necessidades e expectativas na prestação das suas atividades.

### 3.3.2 Princípios específicos

Primeiramente, no tocante aos princípios específicos, tem-se a questão da probidade administrativa, que diz respeito à conduta dos integrantes das Comissões de Licitação, agentes públicos, e autoridades envolvidas nesse procedimento que a todo tempo deverão atuar com retidão. Existe na Lei 8666/93 uma seção dedicada a qualificar os crimes e as penas devidas aos que agirem com improbidade no processo licitatório.

E ainda, cumpre falar de um importante princípio da Licitação que é a vinculação ao instrumento convocatório, que segundo o art. 41 da Lei de Licitações, “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. Sendo instrumentos convocatórios da licitação, a carta-convite e o Edital. Nesse sentido, o referido princípio deve ser observado pela Administração como diz o artigo, mas também deve ser observado pelos licitantes, os quais devem atender a todas as exigências contidas no instrumento convocatório, para serem considerados habilitados.

Outro princípio é o do julgamento objetivo, o qual segundo o art. 45 da Lei 8666/93:

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 neles referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle. (BRASIL, 1993)

Portanto, tem-se que as propostas devem ser julgadas conforme critérios trazidos pelo edital, levando sempre em consideração fatores que garantam a qualidade, o preço e a eficiência do objeto licitado. Cumpre reconhecer, entretanto, que objetividade absoluta só se pode garantir previamente nos certames decididos unicamente pelo preço, conforme Bandeira de Mello (2007, p.489):

“Quando entram em causa, a qualidade, a técnica, e o rendimento, muitas vezes, indispensáveis para a aferição da proposta, nem sempre será possível se atingir o ideal da objetividade extrema, pois quando os bens ou serviços são fortemente aparentados nestes atributos, a primazia de um ou de outro depende de apreciações irredutíveis a um plano excludente de opiniões”.

Dentro dessas considerações, mais uma vez o princípio da eficiência se mostra como instrumento capaz de expressar a proporção entre a satisfação alcançada no procedimento licitatório e o emprego de recursos na obtenção do resultado, por isso, ressalta-se mais uma

vez a importância desse princípio, acrescentando a opinião do doutrinador Carvalho Filho (2009, p.28):

“O núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional. Incluído em mandamento constitucional, o princípio pelo menos prevê para o futuro maior oportunidade para os indivíduos exercerem sua real cidadania contra tantas falhas e omissões do Estado”.

Por esses apontamentos, entende-se que o princípio da eficiência deve ser considerado como sendo o principal motivador e instrutor das atividades desenvolvidas pela Administração Pública.

## **4 PREGÃO**

### **4.1 Aspectos Gerais**

A regulamentação das modalidades licitatórias pela lei 8666/93 não conseguiu atender as reivindicações da Administração e da sociedade em geral, no tocante a prestação de serviços e contratações de forma mais eficiente, menos burocrática e mais célere. Esse problema era mais evidente nos contratos administrativos menores, como ressalta o professor Carvalho Filho (2009, p.288):

“As grandes reclamações oriundas de órgãos administrativos não tinham como alvo os contratos de grande vulto e de maior complexidade. Ao contrário, centravam-se nos contratos menores ou de mais rápida conclusão, prejudicados pela excessiva burocracia do processo regular de licitação”.

Foi para atender esses anseios que a medida provisória 2.182-18, de 23.8.2001, instituiu uma nova modalidade de licitação, permitida até então no âmbito da União, denominada pregão.

Por ter abrangência apenas na esfera da Administração Federal e não ter caráter de norma geral, sua constitucionalidade foi questionada, já que o art. 22 §8º da Lei 8666/93 veda a criação de outras modalidades de licitação, a menos que seja por meio de norma geral.

Sendo assim, a Lei 10.520, de 17.7.2002, trouxe ao pregão a constitucionalidade que lhe faltava, determinando sua aplicação também aos Estados, Distrito Federal e Municípios.

### **4.2 Conceito**

Determina o art.1º da Lei 10520/02:

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

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para fins e efeitos desse artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser definidos pelo edital, por meios de especificações usuais no mercado.(BRASIL, 2002)

Para conceituá-lo, devemos apontar como primeira característica marcante do pregão a sua função principal, ou seja, a de procedimento licitatório para a aquisição de bens e serviços comuns, diferente de outras espécies de licitação em que o valor do objeto é que caracteriza a sua utilização.

A crítica feita ao objeto do pregão diz respeito justamente ao seu conceito impreciso como salienta Bandeira de Mello (2006, p.514):

“Estes bens e serviços comuns, objeto do pregão assim são caracterizados pelo § 1º do art. 1º da citada Lei: “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”. Esta noção como precedentemente averbamos, citando Alice Gonzalez Borges, “simplesmente não diz nada”- entendimento, este, do qual não discrepa o precitado Marçal Justen Filho, tanto que se sentiu na necessidade de esclarecer, já a título preliminar, que o traço caracterizador de um objeto como comum” é a padronização de sua configuração, que é viabilizada pela ausência de necessidade especial a ser atendida e pela experiência e tradição do mercado”.

Na prática, os responsáveis pela elaboração do edital é que devem, de forma objetiva, descrever o bem a ser licitado e, usando o bom senso, definir se tal objeto ou tal serviço é tido como comum ou não no mercado, é um aspecto que deve ser analisado, buscando principalmente uma contratação de qualidade do serviço a ser prestado ou do bem a ser adquirido.

#### 4.2.1 Adoção facultativa

Quando o art. 1º da lei 10520/2002 diz que a aquisição de bens e serviços comuns “poderá” ser realizada adotando a licitação na modalidade de pregão, fica evidente que essa modalidade não é de uso obrigatório pelos órgãos públicos. A Administração está diante de uma faculdade, exercerá, portanto, uma atuação discricionária. Sobre essa questão, ensina o mestre Hely Lopes Meirelles (2007, p.325):

“[...] não está a Administração obrigada a realizar o pregão toda vez que desejar obter um bem ou serviço de interesse comum. Poderá optar por qualquer outra das modalidades, desde que o interesse público assim aconselhe. O pregão é mais uma opção que a lei lhe concede”.

Sobre essa faculdade concedida à Administração, vale ainda acrescentar a advertência feita pelo doutrinador José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 290):

“Surgindo hipótese que admita o pregão, temos para nós que a faculdade praticamente desaparece, ou seja, o administrador deverá adotá-lo para atender ao fim público da Lei. É o mínimo que se espera diante do princípio da razoabilidade. Entretanto, se optar por outra modalidade, caber-lhe-á justificar devidamente sua escolha, a fim de que se possa verificar se os motivos alegados guardam congruência com o objeto do ato optativo”.

Para a Administração Federal, já é obrigatória a realização do pregão, dando preferência à sua utilização na forma eletrônica, toda vez que houver a necessidade de adquirir bens e serviços comuns, nos termos do art. 4º, Decreto nº 5.450, de 31.5.2005, mas essa obrigatoriedade não tem natureza regulamentadora geral, como esclarece Carvalho Filho (2009, p. 291):

“Cuida-se apenas de mandamento direcionado exclusivamente aos órgãos da Administração Federal, abrangendo todos os Poderes. A interpretação como norma geral acarretaria sua inconstitucionalidade, pois que a Estados, Distrito Federal e Municípios cabe somente observar os termos da Lei, e nesta não está prevista qualquer obrigatoriedade”.

### **4.3 Procedimentos**

Assim como acontecem nos outros procedimentos licitatórios, o procedimento do pregão é dividido e se desenvolve de um modo geral em duas fases: fase interna (ou preparatória) e fase externa.

#### **4.3.1 Fase interna ou preparatória**

Essa fase nasce e amadurece no âmbito interno do órgão ou entidade responsável pela aquisição dos bens serviços. É, portanto, constituída de atos e atividades de responsabilidade exclusiva do referido órgão ou entidade.

A fase preparatória está prevista no art. 3º da Lei 10520/2002 e seus incisos. As exigências que devem ser cumpridas nessa fase e que, trazem informações importantes, estão a seguir:

Segundo o art. 3º da lei 10.520/02, a fase preparatória do pregão observará o seguinte:

- [...] I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;
- II – a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;
- III – dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre as quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; e

IV – a autoridade competente designará , dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor. (BRASIL, 2002)

Quase nenhuma grande novidade se contém nessa fase preparatória. Como ocorre em todas as espécies de licitação, algumas providências tornam-se realmente necessárias à consecução do certame. Assim, deve a autoridade competente, primeiramente, justificar a necessidade da contratação e, ao fazê-lo, cumpre definir o objeto da competição e o que será exigido para a habilitação.

Hely Lopes Meirelles (2007, p. 325) ensina que ao exigir que a autoridade competente justifique a necessidade de contratação, a Lei deseja evidenciar a motivação do ato administrativo inicial do procedimento licitatório, a qual, diante dos requisitos impostos pela Lei, transforma-se em elemento vinculante do mesmo.

A próxima etapa é a confecção do edital. Nessa ocasião, é que se faz necessária a descrição do objeto que deve ser considerado “comum”, mas isso não significa que estão dispensados detalhes precisos na descrição, no entanto, esse detalhamento, como ressaltado no inciso II do art. 3º da Lei 10. 520/2002, não pode exagerar nas especificações, que venha a restringir demais e prejudicar a competição.

#### 4.3.2 Fase externa

Diferente da fase interna, na fase externa, os atos e atividades que a compõem são desenvolvidos pela Administração e por terceiros.

O art. 4º da Lei 10.520/2002 trata de definir como será feita a convocação dos interessados e quais regras deverão ser observadas para a escolha da melhor proposta e do futuro contratado.

A primeira providência é a convocação dos interessados por meio de publicação no Diário Oficial da União, facultativamente, nos meios eletrônicos e em jornal de grande circulação.

No edital de convocação deverá obrigatoriamente constar a definição do objeto e a indicação do local, do dia e horário que poderá ser obtido o edital na íntegra e recebidas as propostas. Para essa etapa, o prazo não pode ser inferior a oito dias úteis.

Depois, em uma sessão única, será realizado o julgamento pelo pregoeiro e sua equipe de apoio. Ele receberá os envelopes com as propostas de preços, e os abrirá, determinando a classificação. E logo após, conduzirá os lances e a classificação final.

Nessa etapa de julgamento das propostas será verificado se as mesmas obedecem aos requisitos estabelecidos no instrumento convocatório. E as que não obedecerem serão automaticamente desclassificadas, ressaltando que o principal é selecionar as propostas de menor preço, uma vez que, o pregão é uma modalidade de licitação de menor preço. O pregoeiro classificará para a etapa dos lances as propostas de menor valor e as que estiverem com valor até 10% superior a essa, ainda, se não houver três propostas nessas condições, poderão os autores das melhores propostas, no máximo três, participarem da etapa de lances.

A próxima fase é a habilitação, onde acontece a abertura do envelope contendo a documentação da proposta classificada em primeiro lugar. Se tudo estiver de acordo com o estabelecido no edital, o pregoeiro o declara vencedor, sendo que dessa decisão cabe recurso se o licitante se manifestar imediatamente, sendo-lhe concedido prazo de três dias para apresentar suas razões.

Sendo assim, pode-se observar que com relação ao pregão, o mesmo é um procedimento licitatório mais célere e que, portanto, muitas vezes, a celeridade na atuação da administração pública irá viabilizar uma maior eficiência nos serviços prestados, pois o princípio da Eficiência da Administração Pública não só está ligado a uma atuação de qualidade, mas também que a mesma seja realizada em menor tempo possível.

#### **4.4 Princípios aplicados ao pregão**

O princípio de maior destaque no pregão é o da oralidade. Tal princípio está ligado ao oferecimento das propostas que pode ser feita de maneira verbal em sessões públicas destinadas a escolha, onde os lances são apresentados de maneira sucessiva e decrescente até chegar ao menor preço. O princípio da oralidade está presente também no fim da sessão pública, quando há manifestação do interesse de recorrer por parte de um dos licitantes, nesse momento, o interessado deve manifestar verbalmente seu interesse em recorrer e, se for aceito pelo pregoeiro, será concedido o prazo para que ele apresente seu recurso na forma escrita.

Ainda sobre o princípio da oralidade, temos a observação do mestre José do Santos Carvalho Filho (2009, p. 291):

“Em que pese ser a oralidade o princípio diferencial do pregão em relação às modalidades tradicionais de licitação, pode apontar-se, no novo sistema, a inspiração de outro postulado – princípio do informalismo. Referido princípio não significa que o novo procedimento seja absolutamente informal; não o é, e nem poderia sê-lo, por se tratar de atividade administrativa. Mas o legislador procurou introduzir alguns métodos e técnicas compatíveis com os modernos meios de comunicação, sobretudo através da informática”.

Vale destacar também a presença do princípio da concentração dos atos, que se apresenta na própria sessão pública do processo licitatório do pregão, pois nesta sessão é que ocorre a análise das propostas, a etapa de lances, a análise dos documentos de habilitação e a manifestação por parte de algum licitante de apresentar recurso.

Esse princípio representa a essência do pregão, ou seja, sua capacidade de ser mais célere, trazendo benefícios tanto para a Administração quanto para os licitantes.

Ainda em relação ao estudo da modalidade licitatória denominada pregão, é preciso fazer referência à figura do pregoeiro. E que segundo definição do professor Jair Eduardo Santana (2006, p.82), o pregoeiro é “o servidor responsável pela sessão de julgamento, até o momento da adjudicação ao vencedor, do objeto licitado. É ele quem coordena a sessão, conduzindo-a com o auxílio da equipe de apoio”.

O pregoeiro é designado pela autoridade competente, que também exerce controle sobre seus atos. Suas atribuições estão previstas na lei 10.520/2002 e no Decreto nº 5.450/05. Devido a grande responsabilidade do pregoeiro e ainda levando em consideração o conhecimento amplo que ele deve ter em técnicas de negociação, conhecimentos jurídicos e conhecimentos técnicos, é que o legislador criou a equipe de apoio, composta no mínimo por duas pessoas com a função de auxiliar o pregoeiro em todos os atos da sessão pública.

Dedicando-se ao assunto, o mestre Jair Eduardo Santana (2006, p. 85) traçou o que ele chama de “panorama genérico dos pregoeiros”:

“Não têm formação superior em Direito; em razão da lei, possuem responsabilidade unipessoal sobre o certame; suas decisões são passíveis de correção por diversas vias. O regime jurídico de sua atuação é diverso do colegiado; falhas funcionais conduzem a responder com o patrimônio pessoal”.

A capacitação do pregoeiro também implica em seu treinamento e aperfeiçoamento constantes, e ainda, está prevista na Constituição Federal, art. 39, §§2º e 7º. Quanto a equipe de apoio, sua formação está prevista no § 1º do art. 3º da Lei 10.520/02, o qual dispõe que: “A equipe de apoio deverá ser integrada em sua maioria por servidores ocupantes de cargo

efetivo ou emprego da administração, preferencialmente pertencentes ao quadro permanente do órgão ou entidade promotora do evento”.

#### 4.5 O pregão eletrônico

Acompanhando as constantes evoluções da tecnologia da informação que proporcionam cada vez mais um nível expressivo de agilidade, comodidade e interação, a Administração Pública também tratou de trazer esses benefícios para o emprego diário das licitações, e o meio para empregar esses benefícios é o pregão eletrônico.

De uma forma sucinta, podemos diferenciar o pregão presencial do pregão eletrônico pelas palavras do mestre José do Santos Carvalho Filho (2009, p. 291):

“[...] são duas as modalidades do pregão: o pregão presencial (ou comum) e o pregão eletrônico. O primeiro se caracteriza pela presença, em ambiente físico, de agentes da Administração (como, v.g., o pregoeiro) e dos interessados em determinadas etapas do procedimento. O segundo é o que se processa, em ambiente virtual, por meio da tecnologia da informação (Internet)”.

A intenção da Administração Pública ao implementar o pregão eletrônico foi dinamizar ainda mais essa modalidade licitatória, e está previsto no § 1º do art. 2º da Lei 10520/02. No âmbito da União, seu regulamento foi aprovado pelo decreto 5.450/05, que revogou expressamente o Decreto 3.697/00.

Um dos grandes desafios da Administração Pública na atualidade é desfazer a imagem que passa à sociedade de que seus serviços são ineficientes, burocráticos e servem de meio para a prática da corrupção. É na expectativa de responder com atitudes efetivas a essas críticas, que a Administração vem investindo em ferramentas tecnológicas no sentido de alcançar resultados menos burocráticos, transparentes e principalmente mais eficientes.

Em comparação ao pregão presencial, pode-se afirmar que em sua fase interna, o pregão eletrônico em nada se difere dele; suas peculiaridades ficam mesmo no tocante a sua fase externa, isso por conta de sua característica mais marcante: o espaço virtual em que ele se desenvolve.

De forma didática, Jair Eduardo Santana (2006, p. 219) ressalta as peculiaridades do pregão eletrônico:

- 1) O credenciamento é feito perante o provedor do sistema eletrônico, para a participação, através da chave de identificação e de senha pessoal, em pregões eletrônicos de interesse do licitante;

- 2) A sessão pública é virtual; ocorre através da internet;
- 3) O recebimento das propostas pode ocorrer desde a publicação do edital (aviso), até o momento que antecede a abertura da sessão;
- 4) O sigilo das propostas enviadas através do sistema eletrônico é de responsabilidade deste;
- 5) A proposta de preços e lances são escritos (digitados em meio eletrônico);
- 6) A proposta e os lances são ofertados por quem possuir a senha e a chave de identificação do licitante, que são e inteira responsabilidade deste (item que se atrela ao credenciamento);
- 7) É proibida a identificação dos licitantes durante a fase de lances;
- 8) O licitante deve ofertar lance menor do que o próprio lance anterior; não está obrigado a cobrir o menor lance de seu concorrente;
- 9) O tempo de disputa (tempo normal) fica sob domínio do pregoeiro
- 10) A habilitação é feita (deveria sê-lo) pelo meio eletrônico, assim como a declaração de vencedor;
- 11) A interposição de recurso também é feita por meio eletrônico, e igualmente assim deveria acontecer o oferecimento de razões e contra-razões recursais;
- 12) O procedimento se encerra, no meio virtual, com a adjudicação e a homologação.

Em termos práticos, pode-se dizer que as vantagens do pregão eletrônico em relação ao presencial começam na redução do uso de papel, pois os atos são feitos na Internet, e vão até a redução da carga do pregoeiro, que fica com menos documentos para analisar.

#### 4.5.1 O pregão eletrônico e o princípio da eficiência

A existência do princípio da eficiência dentro do pregão eletrônico não é de difícil percepção, uma vez que essa modalidade licitatória proporciona grande celeridade e economia aos cofres públicos.

A celeridade do pregão encontra-se justamente no fato dele ter seu procedimento unificado em uma única sessão, destacando também a transparência que ocorre durante todo o tempo em que são ofertados os lances, em uma demonstração de respeito ao princípio da publicidade, já que todas as etapas acontecem em tempo real e podem ser acompanhadas por todos os participantes.

Outra manifestação do princípio da eficiência encontra-se no fato do pregão eletrônico ser desburocratizado, isso quer dizer que para participar os licitantes se cadastram previamente no sítio responsável e fornecem todos os dados e documentos exigidos, com isso, eles recebem uma palavra-senha que permitirá o acesso instantâneo ao ambiente virtual em que acontece o pregão, dessa forma, fica dispensada outras formalidades no tocante ao cadastramento dos participantes

O art. 3º, § 6º do Decreto nº 5.450/05 determina que “O credenciamento junto ao provedor do sistema implica a responsabilidade legal do licitante e a presunção de sua capacidade técnica, para realização das transações inerentes ao pregão na forma eletrônica”

O professor Carlos Pinto Coelho Motta (2002, p.714), observa que “recomende-se a necessária cautela para que o mecanismo do credenciamento não se transforme em elemento de restrição à participação, mas procedimento que viabilize e amplie ao máximo esta participação”.

Dessa forma o objetivo de dar máxima eficiência ao credenciamento não será prejudicado.

Aspecto relevante que também atribui ao pregão eletrônico grande eficiência é a economia proporcionada tanto para o licitante, que não se desloca a um espaço físico para participar do pregão, o que possibilita a participação de licitantes em lugares geograficamente distantes, quanto para a Administração que não acumula papéis nem emprega recursos consideráveis para a realização do certame.

Quanto à divulgação do edital via Internet, constata-se também grande eficiência em relação ao objetivo que se pretende alcançar, ou seja, o maior número de interessados possível, já que está mais do que constatada a eficiência desse meio de comunicação, no tocante a troca de informações. Com isso, o edital alcança uma ampla divulgação, alcançando desse modo todos os interessados no certame.

Por essas características, constatamos que o pregão eletrônico atinge o anseio da sociedade que há tempos protesta por uma atividade da Administração Pública responsável, desburocratizada e econômica, em outras palavras, uma Administração Pública eficiente.

## 5 PREGÃO ELETRÔNICO NAS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

### 5.1 Empresas públicas

As empresas públicas são também conhecidas como “estatais” e foram criadas pelo Estado nas décadas de 60 e 70, na intenção de participar diretamente das atividades econômicas do país.

O objetivo dessas empresas era oferecer a mesma qualidade de produção existente nas empresas privadas e sua personalidade jurídica de direito privado reforça essa intenção.

Sua previsão legal está na Constituição Federal, art. 37, inc. XIX, e art. 173, § 1º, II, além também do Decreto- Lei 200/67 art. 5º.

#### 5.1.1 Conceito

O art. 5º de Decreto-Lei 200/67 define que:

“empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de Direito Privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em Direito” (BRASIL, 1967).

Segundo o professor Bandeira de Mello, (2006, p.172):

“Deve-se entender que empresa pública federal é a pessoa jurídica criada por força de autorização legal como instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes de ser coadjuvante da ação governamental, constituída sob quaisquer das formas admitidas em Direito Pública interno ou de pessoas de suas Administrações indiretas, com predominância acionária residente na esfera federal”.

Essa definição difere-se da feita pelo art. 5º do Decreto –lei 200/67, na qual prevê que o capital das empresas públicas seria constituído exclusivamente por recursos da União; isso porque existe a previsão no art. 5º do Decreto- lei 900/69 a mistura de capitais na empresa pública “desde que a maioria do capital votante permaneça de propriedade da União, será admitida, no capital da empresa pública, a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno, bem como de entidades da Administração indireta da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios”.

Em respeito ao art. 170 da Constituição Federal, as atividades econômicas cabem em princípio, à iniciativa privada, ficando ao Estado o papel que lhe atribui a Lei Magna nesse mesmo artigo, ou seja, a atuação nos casos em que estejam ameaçados a segurança nacional e interesse público (§ único do art. 170 da CF).

Por essa razão, e para evitar a concorrência desleal, o art.173, § 1º, II da CF, determina que as empresas públicas sujeitem-se ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, sem ignorar sua natureza pública, que traz para essas empresas a determinações de normas de direito público, como ressalta a professora MEDAUAR (2005, P. 98):

“[...] a presença do poder público acarreta a incidência de normas de direito público, em especial daquelas que impõem sujeições. A Própria Constituição estende às estatais, sem distinguir se realizam atividade econômica ou prestam serviços públicos. Por exemplo: art. 37 e incisos – para as que integram a Administração indireta; art. 71, II e III – incidência da fiscalização dos Tribunais de Contas. Encontram-se as estatais em regime semi público ou misto”.

Apesar de trazer em sua definição a expressão “exploração de atividade econômica” é importante esclarecer que algumas empresas públicas atuam na prestação de serviços públicos, que como determina a Constituição, são privativos de entidade estatal ou da própria União. Sobre essa questão, destaca-se a conclusão de Bandeira de Mello (2006, p. 176):

“Então, não se pode duvidar que na definição normativa de empresa pública os dizeres “exploração de atividade econômica” não possuem a densidade jurídica que normalmente lhe corresponderia. Servem para indicar – e desnecessariamente – que a atividade por elas desenvolvida se efetua mediante prestações remuneradas, o que é o mínimo que se poderia imaginar tratando-se de uma empresa. Com isto faz-se, agora, a indispensável justificação do porquê deixou-se de fazer referência à “exploração de atividade econômica” ao indicar o que, no Direito brasileiro, deve ser entendido como empresa pública federal”.

## **5.2 Sociedades de economia mista**

### **5.2.1 Conceito**

O inciso III do art. 5º, do Decreto-lei 200/67 define sociedade de economia mista como sendo “a entidade dotada de personalidade jurídica de Direito Privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade de Administração indireta”

Sua previsão legal encontra-se além do decreto- lei 200/67 e da Constituição Federal no art 173, caput e § 1º, também na Lei 6.404/76 (lei das sociedades anônimas) onde se encontra um capítulo dedicado exclusivamente a essa entidade que vai do art. 235 a 242.

Apesar de não deixar explícito em sua definição, é evidente que a noção de sociedade de economia mista implica na participação de capital particular. A menção na definição legal de que essas sociedades são criadas somente mediante lei é a primeira característica importante desse tipo de entidade, pois é através da lei que a cria, que o Estado assegura para si o controle acionário.

O fato de esclarecer que o objetivo das sociedades de economia mista é a exploração de atividade econômica, não exclui seu caráter de prestadora de serviço público, nesse sentido, Bandeira de Mello (2006, p. 177):

“Há inúmeras sociedades de economia mista, e da mais subida importância, que são prestadoras de serviços públicos e não de atividades caracterizáveis como pertinentes à “esfera econômica” no sentido que a lei Magna atribui a essa expressão. Valha como exemplo a extinta Telecomunicações Brasileiras S/A (TELEBRÁS)”.

O art. 235 da Lei de sociedades anônimas determina que essas entidades estão sujeitas aos mesmos preceitos que regem as sociedades objeto dessa lei, no entanto, também recairá sobre elas disposições de lei federal, e o art. 173, § 1º da Constituição Federal estipula que as sociedades de economia mista sujeitam-se a regime próprio de empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. Da junção desse dois preceitos legais, conclui-se que essas entidades são regidas pelo direito privado e ao mesmo tempo são regidas por disposições de lei federal.

Determina o art. 242 da Lei 6.404/76 que as sociedades de economia mista não estão sujeitas à falência, porém, seus bens podem ser penhoráveis e executáveis, exceto se tratar de sociedades de economia mista prestadoras de serviço público, que por causa de sua atividades, não podem sofrer penhora nem execução.

### **5.3 Diferenças entre empresas públicas e sociedades de economia mista**

Segundo Bandeira de Mello (2006, p. 178), as principais diferenças entre essas entidades são:

a) As empresas públicas têm seu capital constituído exclusivamente de recursos advindos da União e entidades da Administração indireta, já as sociedades de economia mista têm seu patrimônio constituído de recursos particulares e recursos provenientes de pessoas de Direito público; b) empresas públicas podem adotar qualquer forma societária em Direito admitidas, ao passo que as sociedades de economia mista terão obrigatoriamente a forma de sociedade anônima; c) os feitos em que empresas públicas sejam parte, na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes (salvo algumas exceções) são processados e julgados perante a Justiça Federal (art. 109, I, da Constituição), enquanto as ações relativas a sociedades de economia mista são apreciáveis pela Justiça estadual nas mesmas hipóteses em que lhe compete conhecer das lides concernentes a quaisquer outros sujeitos.

No entanto, não irá se tecer aqui maiores explanações, pois o que interessa para o trabalho após a identificação e análise geral das Empresas Estatais, é a partir de agora, ater-se a questão da exigência de licitação para que estas pessoas celebre contratos, frente as características das mesmas demonstradas acima.

#### **5.4 As licitações das empresas públicas e sociedades de economia mista**

Determina o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal:

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 propostas, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.(BRASIL,1988)

Por sua vez, o art.173, § 1º, inciso III, também da Carta Magna, exige que as empresas públicas e sociedades de economia mista observem os princípios da administração pública, quando realizarem licitações e contratações de obras, serviços, compras e alienações.

É fato que o escopo, a função basilar das empresas públicas e sociedades de economia mista, é ser um instrumento eficaz de atuação estatal, e que para isso devem desenvolver suas atividades de modo a não perderem seu foco, ou seja, suas atividades devem atender ao interesse público. É por esse motivo, que o controle das empresas públicas e sociedades de economia mista deve sempre estar nas mãos do Estado, apesar de serem consideradas pessoas jurídicas de direito privado.

Portanto, como se pode observar, as empresas públicas e sociedades de economia mista são obrigadas a realizar licitações para contratar, o que se pode dizer que as colocam em situação de desigualdade com as demais empresas da iniciativa privada, pois enquanto estas

podem contratar livremente, aquelas deverão realizar todo o procedimento licitatório para contratar.

Ao fazer essa exigência, a lei torna o processo de licitação dessas entidades mais burocrático, o que conseqüentemente, o deixa longe de qualquer possibilidade de cumprir com sua função de forma eficiente.

O erro está em continuar desconsiderando o nítido caráter econômico dessas estatais que necessitam que seus processos licitatórios sejam adaptados para suas realidades. Somente assim poderão as empresas paraestatais privadas atingir seus objetivos, sobretudo quando forem destinadas à exploração de atividade econômica.

### **5.5 A utilização do pregão eletrônico nas empresas públicas e sociedades de economia mista**

A utilização do pregão em sua modalidade eletrônica nos procedimentos licitatórios da União está prevista no art. 1º do Decreto nº 5.450/2005, que estende essa prática também para as empresas públicas e sociedades de economia mista no seu parágrafo único. E tem-se ainda que, o art. 4º do mesmo Decreto estipula como obrigatório o uso do pregão, preferencialmente em sua forma eletrônica para a aquisição de bens e serviços comuns.

Ao fazer a ressalva de que as empresas estatais devem observar os princípios da Administração pública quando realizarem licitações e contratações de obras, serviços, compras e alienações, o art. 173, § 1º, III da Constituição Federal deixa evidente a preocupação da Administração Pública em prestar seus serviços de forma ágil, desburocratizada e eficiente. Essa ressalva conduz à idéia de que possivelmente a Lei 8666/93 por si só, não esteja sendo a melhor via no cumprimento dos princípios da Administração Pública, em especial nas empresas públicas e sociedades de economia mista, que por seu caráter econômico, demandam tratamento específico por parte da Administração, tratamento esse não vislumbrado na Lei 8.666/93. Sobre esse aspecto, Bandeira de Mello (2006, p.193) se pronuncia:

[...] Sem dúvida, a adoção do mesmo procedimento licitatório do Poder Público seria inconivente com a normalidade de suas atuações na esfera econômica, isto é, não seria exequível em relação aos seus rotineiros procedimentos para operar o cumprimento das atividades negociais em vista das quais foram criadas. As delongas que lhe são próprias inibiriam seu desempenho.

Reforçando essa idéia, caminha para o mesmo sentido o art.22, XXVII da Constituição Federal que determina a competência da União para legislar sobre: “normas gerais de licitação e contratação em todas as modalidades, para a administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, §1º, III ambos da CF/88.

Pelos fatos expostos, verifica-se que seria necessária uma reforma da Lei 8666/93, no sentido de aproveitar os benefícios trazidos pelo pregão, em especial sua modalidade eletrônica, para as licitações em geral; é obvio que os objetivos da Lei 10.520/02 são diferentes dos objetivos da Lei 8666/93. E que, portanto, quando em seu artigo 119 permite às sociedades de economia mista e empresas públicas e demais entidades da União criarem regulamentos próprios para que se ajustem melhor as suas realidades, o que o legislador está dizendo é que Administração Pública deve sempre rever seus procedimentos e atualizá-los em nome do interesse público, o que permite que a mesma opte pelo pregão eletrônico, adequando assim a lei, as suas necessidades peculiares.

A eficiência proporcionada pelo pregão eletrônico vem sendo demonstrada a cada dia, um exemplo do que está sendo afirmado é a recente recomendação do TCU (Tribunal de Contas da União), para que se use o pregão eletrônico nos contratos realizados pelos órgãos públicos em tecnologia da informação, pois passou a considerar o desenvolvimento de softwares, a aquisição de banco de dados e o atendimento aos usuários como bens e serviços de natureza comum.

Isso demonstra que muitos dos bens e serviços elencados pela Lei 8.666 em 1993 se revistos hoje, podem ter suas naturezas consideradas comuns, e essa questão é de especial importância para as empresas públicas e sociedades de economia mista, tendo em vista seu relevante papel na economia do país.

Sobre esse aspecto, destacam-se as palavras de Justen Filho (2002, p. 21):

“É imperioso diferenciar o regime de licitações entre as pessoas integrantes da Administração Pública. A sistemática padrão da Lei 8.666/93 pode ser aplicada à Administração direta e autárquica. Também as entidades administrativas prestadoras de serviços públicos podem sujeitar-se ao mesmo regime. Mas as pessoas que desempenham atividade econômica têm de ser submetidas a regime distinto. Isso não significa liberá-las das regras sobre licitação e publicidade, mas adotar disciplina mais simples, dinâmica e compatível com a natureza de sua atuação. A sumariiedade das formalidades no âmbito licitatório deverá ser compensada pelo incremento dos controles no âmbito da motivação e eficiência”.

Essa análise só é válida para as entidades que exploram a atividade econômica, uma vez que, para as entidades prestadoras de serviço, pela própria finalidade a que se prestam já é suficiente o desenvolvimento típico da administração, e o que se está buscando é um regime diverso do que já existe, que proporcione máxima eficiência em sua atuação, tendo como base de desenvolvimento em experiências bem sucedidas trazidas pelo uso da modalidade licitatória pregão, em especial sua forma eletrônica.

O pregão, que representa maior agilidade ao procedimento licitatório e conseqüente eficiência ao mesmo, possui um histórico capaz de transformá-lo em forma padrão dos contratos da Administração Pública, principalmente com relação as Empresas Estatais, ficando para a Lei 8666/93 o papel de impor as normas gerais da licitação, que deveram ser utilizadas sempre que o pregão não se mostrar a melhor opção. E, a medida que a Administração vai acompanhando os avanços tecnológicos, fica mais evidente que o pregão eletrônico será cada vez mais usado no lugar do presencial.

## 6 CONCLUSÃO

O presente trabalho foi realizado através de uma abordagem sobre o instituto do pregão, em especial sua forma eletrônica, modalidade licitatória que ingressou no ordenamento jurídico com o intuito de modernizar e assim trazer maior eficiência nas licitações públicas.

O princípio da eficiência passou a fazer parte da Constituição Federal com a emenda nº 19 de 1998 e desde então, passou a ser obrigatória sua observância junto com os outros princípios que pertencem a Administração pública, e devem ser praticados tanto pelas licitações regidas pela Lei 8.666/93, quanto pelas licitações regidas pela Lei 10.520/02.

Como pôde ser constatado, o pregão já representa uma aplicação ao princípio da eficiência. Sendo que a forma eletrônica do pregão potencializa ainda mais a disputa, pois o ambiente virtual facilita o recebimento das propostas e lances de fornecedores de qualquer parte do Brasil.

Foi realizado também um estudo específico sobre as empresas públicas e sociedades de economia mista, no intuito de ressaltar a importância dessas entidades e dos benefícios que elas poderiam usufruir com o uso do pregão eletrônico em suas licitações.

A partir desse ponto, observou-se que o pregão eletrônico apesar de suas inegáveis vantagens em relação ao procedimento licitatório ordinário previsto pela Lei 8.666/93, ainda encontra seu uso restrito ao que a lei de licitações o permite, impedindo desse modo que se tire desse procedimento todos os avanços que ele proporciona.

Por essa constatação, e pelas críticas feitas por renomados juristas do Direito Administrativo, concluiu-se que a possibilidade das empresas públicas e sociedades de economia mista poderem editar regulamentos próprios no sentido de adequar os procedimentos licitatórios as suas realidades, (art.119, Lei 8666/93) o pregão eletrônico deveria ser posto em prática, sendo dessa forma realizado em obediência ao princípio da legalidade. Logo, essas entidades estariam diante de uma lei atualizada, que conteria o pregão eletrônico como uma modalidade licitatória mais atuante, resultando em maior eficiência para essas estatais.

O pregão, considerando todos os seus benefícios, principalmente nos aspectos de agilidade e eficiência, pode e deve alcançar os contratos maiores da Administração pública, e em virtude dos avanços tecnológicos que invadem continuamente a vida do cidadãos, como também da Administração Pública, sendo que a ênfase maior deve ser dada ao pregão eletrônico.

As vantagens oferecidas pelo pregão eletrônico não devem ser observadas somente no tocante a eficiência proporcionada para a Administração, mas também como uma resposta à sociedade, que busca no poder público ações menos burocráticas e mais transparentes, uma demonstração de economia e moralidade aos cofres públicos.

## 7 REFERÊNCIAS

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

\_\_\_\_\_, **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002**. Institui, 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil)>, Acesso em 27/07/10.

\_\_\_\_\_, **Lei nº 8666, de 12 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para Licitações e Contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em < [http:// www.planalto.gov.br/ccivil](http://www.planalto.gov.br/ccivil)>, Acesso em 27/07/10.

\_\_\_\_\_, **Decreto nº 3.555, de 8 de agosto de 2000**. Regulamenta a modalidade de licitação denominada pregão, para a aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito da União.

\_\_\_\_\_, **Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005**. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.

\_\_\_\_\_, **Decreto nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de Direito Administrativo**, 22 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

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

FRIGO, Andréa Cristine Faria. **TCU defende o uso do pregão eletrônico em contratos na área de TI**, Artigo publicado no sítio <<http://www.governoeletronico.gov.br>> Acesso em 20/10/0/10.

JUSTEN FILHO, Marçal, **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 9 ed. São Paulo, Dialética, 2002.

MEDAUAR, Odete, **Direito Administrativo Moderno**, 16 ed. São Paulo: RT, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**, 28 ed. São Paulo; Malheiros. 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **Curso de Direito Administrativo**, 21 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006

MORAES, Alexandre de, **Direito Constitucional Administrativo**, 4 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho, **Eficácia nas Licitações e Contratos**, 9 ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2002.

SANTANA, Jair Eduardo, **Pregão Presencial e Eletrônico; Manual de Implantação, operacionalização e controle**, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2006.