

# **A LICITAÇÃO NO FORMATO ELETRÔNICO E O COMPROMISSO COM A EFICIÊNCIA (PROJETO DE LEI N.º 7.709, DE 2007)**

**Marinês Restelatto Dotti**

Advogada da União Lotada no NAJ em Porto Alegre, RS CGU/AGU  
Colaboradora na obra: *Direito do Estado – Novas Tendências – Edição Especial/UFRGS*

**Jessé Torres Pereira Júnior**

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro  
Autor, entre outras, das seguintes obras:  
*Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública (7ª edição, no prelo);  
Controle Judicial da Administração Pública: da Legalidade Estrita à Lógica do Razoável (2ª  
edição); Licitações de Informática; Da Reforma Administrativa Constitucional;  
Pregão Presencial e Eletrônico (em colaboração).*

## **1 INTRODUÇÃO**

A Medida Provisória n.º 2.182-18/01 instituiu, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, a modalidade licitatória do pregão, cabível para a contratação de bens e serviços classificados como comuns. Veio a ser convertida na Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002, cujo art. 2.º, § 1.º, prevê a possibilidade de realização do pregão mediante a utilização de recursos de tecnologia da informação, consoante regulamentação específica. Esta se fez, pela União, com a edição do Decreto n.º 5.450, de 31 de maio de 2005, que, dando nova regulamentação<sup>1</sup> ao Decreto n.º 3.697, de 21 de dezembro de 2000, dispôs sobre o pregão na forma eletrônica.

---

1 A EM n.º 0007/2005/MP (exposição de motivos referente ao Decreto n.º 5.450/2005) fundamenta a implementação da forma eletrônica do pregão, baseada na economia de gastos governamentais, transparência e celeridade na sua utilização, nos seguintes termos:

*“Excelentíssimo Senhor Presidente da República,*

*1. Submeto à superior deliberação de Vossa Excelência a anexa proposta de Decreto que dispõe sobre a regulamentação da modalidade de licitação denominada pregão, na forma eletrônica, à distância, por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, para a aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito da União.*

*2. Preliminarmente, cumpre esclarecer que a referida proposta impõe a revogação do Decreto n.º 3.697 de 21 de dezembro de 2000, e visa promover as adequações necessárias decorrentes da conversão da Medida Provisória n.º 2.182-18, de 23 de agosto de 2001, na Lei de n.º 10.520, de 17 de julho de 2002.*

*3. A proposta de Decreto tomou por base os Decretos anteriores, jurisprudências do Tribunal de Contas da União, pareceres e comentários de renomados doutrinadores, literatura correlata e práticas reiteradas de diversas unidades gestoras da Administração Pública Federal.*

*4. Atualmente, a escolha da modalidade pregão na forma eletrônica é facultativa, por consequência, há um número considerável de órgãos e entidades que ainda não a utilizam.*

*[...]*

*7. A alteração cinge-se principalmente na obrigatoriedade de pregão para todo tipo de contratação, excetuando-se as obras de engenharia, locações imobiliárias e alienações em geral e as hipóteses de dispensa ou inexigibilidade, as quais continuarão sendo regidas pela lei geral de licitações.*

*8. Contempla a proposta, possibilidade do administrador público escolher a forma a ser utilizada, presencial ou eletrônica, após aferição do perfil dos fornecedores e análise do objeto. É indicada a preferência pelo pregão na forma eletrônica, devendo o dirigente público justificar formalmente a sua não utilização em certames licitatórios.*

*[...]*

*16. Concluindo, a alteração proposta está a ensejar a introdução de aperfeiçoamentos sem, entretanto, alterar os princípios norteadores daquele instrumento normativo e seu conteúdo, que concorrem para o ajuste necessário ao texto da Lei publicada, na busca do significativo aumento na economia dos gastos governamentais, transparência e celeridade quando do uso da modalidade pregão na forma eletrônica.*

*[...]”*

Com a publicação do Decreto n.º 5.450/2005<sup>2</sup> e do Decreto n.º 5.504/2005<sup>3</sup>, que tratam, respectivamente, das contratações no âmbito da União e das transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou consórcios públicos, tornou-se obrigatório o emprego da modalidade pregão, de preferência na forma eletrônica, nas licitações cujo objeto seja a contratação de bens e serviços comuns (aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais do mercado).

Tramita no Senado Federal (PLC n.º 032, de 2007), em regime de urgência<sup>4</sup>, o Projeto de Lei n.º 7.709, de 2007, que almeja alterar a Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei Geral de Licitações), com o fim de adequar as licitações e contratações governamentais às novas tecnologias de informação.

Destacam-se do Projeto as seguintes proposições:

- a) redução de custos direcionados à publicação dos avisos dos editais, substituindo a publicação na imprensa oficial pela publicação em sítios eletrônicos oficiais da Administração licitante;
- b) instituição do Cadastro Nacional de Registro de Preços, a ser disponibilizado às unidades administrativas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- c) introdução de dispositivo tendente a impedir a participação em licitações de pessoas físicas e jurídicas que tenham praticado atos contrários à ordem pública e sejam declaradas suspensas de licitar e contratar, ainda que participantes de outra pessoa jurídica;
- d) possibilidade de inversão de fases (abertura dos envelopes contendo a proposta de preços precedendo a abertura dos envelopes contendo a documentação de habilitação) também nas modalidades convencionais de licitação (concorrência, tomada de preços e convite) e
- e) unificação dos recursos administrativos, após a fase de habilitação.

O Projeto de Lei nº 7.709/07 estabelece, ademais, a possibilidade do uso de sistemas eletrônicos em todas as modalidades de licitação, promovendo a comunicação pela Internet, desde que certificado digitalmente. Assim está redigido o dispositivo:

Art. 16 ...

§ 2.º Qualquer modalidade de licitação estabelecida nesta Lei poderá ser realizada e processada por meio de sistema eletrônico que promova a comunicação realizada pela Internet, desde que certificado digitalmente por autoridade certificadora credenciada, no âmbito da ICP-Brasil, garantindo a qualquer interessado o acesso ao processo.

A Exposição de Motivos n.º 00272/2006/MP, por meio da qual o Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão encaminhou o Projeto, aos 21 de novembro de 2006, enuncia os fundamentos das alterações propostas nos seguintes termos:

---

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

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

3 Estabelece a exigência de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios públicos.

4 Constituição Federal. Art. 64. § 1.º - *O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa.* A medida objetiva tornar efetiva a implementação do Plano de Aceleração do Crescimento – PAC, programa de expansão e investimentos de iniciativa do Governo Federal.

[...]

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

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

O objetivo do presente texto é o de verificar se a tendência à universalização do formato eletrônico nos procedimentos licitatórios se mostra apta a produzir os resultados pretendidos, sob a ótica da eficiência e da eficácia.

## **2 FORMATO ELETRÔNICO**

A forma eletrônica, introduzida na modalidade do pregão, proporciona a realização do procedimento licitatório à distância, em sessão pública, por meio de sistema que promove a comunicação entre o órgão promotor da licitação e os participantes da competição, por meio da rede mundial de computadores. Funciona como um leilão reverso - vence quem oferecer o menor preço.

Passados cinco anos de sua utilização facultativa pela Administração Pública brasileira, é possível dizer que o pregão eletrônico proporciona economia entre 20% e 30% do valor estimado para cada contratação e que o procedimento ganha celeridade desconhecida das demais modalidades licitatórias, graças, sobretudo, ao menor prazo entre a publicação do edital e a abertura do certame; ao direito de interposição de recurso único contra as decisões do pregoeiro, ao final do procedimento, sem ofensa ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa; à disputa de preço através de lances abertos e à inversão das fases do procedimento.

Enquanto o processo de licitação mediante uma das modalidades tradicionais tramita, em média, por três meses, o processo de licitação mediante pregão resolve-se em duas semanas. A modalidade reduz, ainda, o custo de participação dos fornecedores, que podem competir à distância, o que viabiliza a participação de microempresas e empresas de pequeno porte<sup>5</sup>.

Do ponto de vista da probidade, o pregão evita ajustes prévios entre os fornecedores na medida em que estes não sabem quem são os interessados em participar do certame, não sabem quem é o pregoeiro e o pregoeiro, até o encerramento da fase de lances e apuração do menor valor ofertado, não sabe quem são os licitantes. Também tem sido reconhecido que o pregão cumpre, superiormente, o princípio da transparência porque a sociedade pode acompanhar pela Internet as contratações eletrônicas do governo federal, por meio do endereço eletrônico <http://www.comprasnet.gov.br>.

## **3 RELAÇÃO DO FORMATO ELETRÔNICO COM OS PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO**

### **3.1 ECONOMICIDADE**

O art. 3.º da Lei n.º 8.666, de 1993, enuncia os princípios que devem balizar o procedimento licitatório. Não alude ao da economicidade, mas é indubitado que este integra o conceito de licitação. A Administração Pública, ao licitar, busca a proposta mais vantajosa ou as melhores condições para contratar, vale dizer, a relação custo-benefício

---

5 “O pregão eletrônico foi a modalidade de compras mais utilizada pelas micro e pequenas empresas (MPE's) para fornecer ao Governo Federal em 2006. Dos cerca de R\$ 2,2 bilhões contratados junto a este segmento, quase R\$ 822 milhões foram aquisições por meio dessa modalidade.” Notícias – Logística e Tecnologia da Informação - Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – Brasília, 19 de março de 2007.

que seja ótima. Tanto que, sendo inviável a competição, declara-se inexigível a licitação (Lei nº 8.666/93, art. 25, *caput*), a deixar claro que a competição integra a essência da licitação e mercê dela se espera identificar a proposta mais vantajosa. Por isto que o mencionado art. 3º, § 1º, I, veda aos agentes públicos “admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo...”.

Toda licitação mira duplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem negócios mais vantajosos (pois a instauração de competição entre ofertantes preordena-se a isto) e assegurar a democratização do acesso às contratações administrativas.

A economicidade foi um dos mais prestigiosos cânones do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, ao que se extrai de seu art. 14:

O trabalho administrativo será racionalizado mediante simplificação de processos e supressão de controles que se evidenciem como puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco.

A economicidade ganha galas constitucionais ao ser incluída entre os elementos que devem ser objeto do controle externo da gestão pública, que o art. 70, *caput*, da Constituição Federal de 1988 atribui ao Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

Reputa-se que a forma eletrônica possibilita a um número maior de interessados, do ramo do objeto da licitação, participarem do certame, mercê do acesso universal à rede mundial de computadores, já que permite aos sediados em qualquer ponto do país ofertar propostas, mesmo distantes do órgão promotor da competição. Certames com grande número de participantes tornam-se mais competitivos. Há mais interessados em disputar o contrato e, por conseqüência, economia para a Administração, com a obtenção de preços inferiores ao estimado no mercado.

### **3.2 COMPETITIVIDADE**

O acesso à rede mundial de computadores é uma realidade mesmo nos países em desenvolvimento. Grandes, médias, pequenas entidades empresariais e microempresas tendem a dispor, em número crescente, do recurso para o implemento de suas atividades habituais. Hoje, não se concebe o gerenciamento da atividade empresarial, com grau elevado de eficiência, sem o acesso à Internet.

O número de conexões de banda larga no Brasil cresceu 5,26% no primeiro trimestre de 2007 (27% nos últimos 12 meses) e fechou março com 6 milhões de acessos, ou seja, adição de 300 mil novas conexões sobre o resultado de dezembro de 2006. Os números fazem parte da 5ª edição do Barômetro Cisco da Banda Larga e foram divulgados aos 09.05.07 pela IDC Brasil<sup>6</sup>.

Para participar de licitações no formato eletrônico, que o Projeto de Lei nº 7.709/07 quer tornar regra geral (reitere-se: “Art. 4º Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica. § 1º O pregão deve ser utilizado na forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente), basta o acesso ao sistema que promove a comunicação pela Internet. O Decreto n.º 5.450/05, que regulamenta o pregão na forma eletrônica, impõe prévio cadastramento ou cadastramento e habilitação parcial no SICAF (Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores) e credenciamento perante o provedor do sistema como *conditio sine qua*

6 IDC BRASIL - empresa especializada em inteligência de mercado, consultoria e conferências nos segmentos de Tecnologia da Informação e Telecomunicações. <http://www.idcbrasil.com.br>

*non* para a participação no certame, para que os licitantes interessados recebam a senha, encaminhem propostas e ofereçam lances.

Não se desconhece a ponderação de que nem todos os órgãos da Administração Pública brasileira, notadamente nos municípios de menor porte e escassos recursos, bem assim que número considerável de empresas, estariam preparados para o uso da tecnologia da informação. Para esses casos, o Projeto quer o emprego do pregão presencial, que passa a obrigatório em todas as licitações para a contratação de objetos comuns, desde que o órgão justifique a impossibilidade de valer-se do pregão eletrônico. A justificativa é de rigor porque, se a premissa da economicidade milita em favor do pregão eletrônico, substituí-lo pelo presencial poderia significar, salvo convincente motivação, ato de gestão anti-econômica.

### **3.3 CELERIDADE**

A forma eletrônica torna o certame ágil porque enseja realização e aferição das fases do procedimento licitatório por meio eletrônico, o que significa que o licitante não necessitará deslocar-se até a sede da Administração, ou de encaminhar suas manifestações (propostas, recursos administrativos) por via postal, arcando com os respectivos custos, como previsto na Lei n.º 8.666/93. Eventuais impugnações ao edital, que podem ser oferecidas por qualquer cidadão ou pelo próprio licitante, não dependem do encaminhamento de documentos à Administração.

Vejam-se, como exemplo, as normas do Decreto n.º 5.450/05: o envio de eventuais impugnações ao edital, de pedidos de esclarecimentos, de propostas, lances e possíveis recursos administrativos, se dá pelo sistema eletrônico; as decisões proferidas pelo pregoeiro ou autoridade competente, além da comunicação de atos administrativos que expedirem, também se efetivam por meio do sistema.

A Lei n.º 8.666/93 prevê prazos maiores entre a data da publicação do aviso do edital e o recebimento das propostas ou a realização da sessão de julgamento (art. 21), segundo a modalidade licitatória adotada, além da possibilidade de interposição de recursos específicos, em fases distintas, tratando-se da decisão administrativa de habilitação ou inabilitação de licitante e decisão que julga as propostas, técnicas ou comerciais (art. 109).

O formato eletrônico não será privativo da modalidade pregão. O Projeto possibilita a sua utilização em qualquer das modalidades convencionais. Nestas, a inversão das fases (abertura dos envelopes contendo a proposta de preços precedendo a abertura dos envelopes contendo a documentação), a adoção do mesmo prazo previsto no Decreto n.º 5.450/05, art. 17, § 4.º, para a apresentação da proposta (oito dias úteis a partir da publicação do aviso do edital), comunicação dos atos administrativos por meio do sistema e a apresentação de um único recurso após a fase de habilitação, como proposto no Projeto de Lei n.º 7.709/07, darão ao procedimento licitatório, espera-se, o dinamismo que falta aos procedimentos da Lei Geral das Licitações, o que, a par de gerencialmente relevante, se alinhará ao novo direito fundamental inscrito no inciso LXXVIII que a Emenda Constitucional nº 45/04 acresceu ao art. 5º da CF/88 ("a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação"). O formato eletrônico insere-se nesses "meios que garantem a celeridade" de tramitação do processo administrativo das licitações.

O regulamento que disciplinará e estenderá a utilização da forma eletrônica às modalidades licitatórias convencionais (concorrência, tomada de preços e convite) deverá ser fiel aos princípios que regem a licitação, observar todas as fases do procedimento, garantir a ampla defesa e o contraditório e possibilitar a qualquer interessado acompanhar o seu desenvolvimento em tempo real, por meio da Internet.

### **3.4 SIMPLIFICAÇÃO DE EXIGÊNCIAS**

A licitação em formato eletrônico visa contratar objeto comum, isto é, aquele cujas especificações de mercado são as que atendem às necessidades da Administração. Por isto que se justifica a adoção de procedimento simples, prescindíveis investigações profundas ou amplas acerca das propostas e da idoneidade, em termos, dos concorrentes. Os requisitos de habilitação devem ser simplificados, como simples são as necessidades administrativas a serem satisfeitas através de bens e serviços comuns.

A prática do pregão eletrônico tem atestado a viabilidade dessa simplificação sem riscos à segurança jurídica da contratação e à razoável certeza da fiel execução do que se contratou. As avaliações demonstram que o percentual de obrigações inadimplidas, nos contratos decorrentes de pregão, presencial ou eletrônico, em nada difere daquele que se observa nos contratos advindos das demais modalidades. A simplificação do procedimento não repercute sobre a exaustão no cumprimento das obrigações contratadas, mas certamente é relevante para a celeridade e a economicidade.

### **3.5 TRANSPARÊNCIA**

O sistema eletrônico dota de maior efetividade o acompanhamento das contratações públicas pela sociedade. Permite que qualquer cidadão, que tenha acesso à rede mundial de computadores, conheça os editais e seus anexos, podendo impugná-los quando encontrar situação que lhe pareça irregular, seja porque direcionasse o resultado do certame ou restringisse a participação indevidamente, além de verificar a pertinência do preço aceito pela Administração em cotejo com os preços praticados pelo mercado. O sistema também permite o acompanhamento dos licitantes de todas as fases do procedimento, mesmo à distância, tornando efetivo o controle dos atos administrativos praticados pelos condutores da competição.

## **4 RELAÇÃO DO FORMATO ELETRÔNICO COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA**

Está claro, à vista das explicitadas preocupações com a economicidade, a competitividade, a celeridade, a simplificação e a transparência, que o móvel fundamental do Projeto de Lei n.º 7.709/07 é o de elevar a eficiência da Administração Pública em suas contratações. Não há quem possa disto discordar, tantos são os percalços e desvios que podem sobrevir no curso dos processos de licitação - cenário de tensões permanentes entre o público e o privado - e da importância que os contratos de compras, obras, serviços e alienações apresentam para a consecução das finalidades de interesse público.

Perceba-se que a eficiência, a partir do momento em que ingressou como princípio no texto constitucional (EC nº 19/98, que a inseriu na cabeça do art. 37), deixou de ser apenas uma proposta politicamente correta para tornar-se um dever jurídico, imposto a todos os que gerem a Administração Pública brasileira, direta ou indireta, em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios. Os mesmos mencionados no art. 70, parágrafo único, da CF/88, com a redação da Emenda Constitucional nº 19/98.

O princípio da eficiência está, hoje, por toda parte do mundo ocidental, entre os cânones fundamentais da gestão do Estado que se pretenda voltada para os resultados, vale dizer, gerir com eficiência (relação entre o resultado alcançado e os recursos utilizados, isto é, relação custo-benefício) e eficácia (extensão na qual as atividades planejadas são realizadas e os resultados planejados são alcançados, isto é, consecução das finalidades). Já é hora, no direito brasileiro, de proclamar-se que o princípio da eficiência implica o dever jurídico, vinculante dos gestores públicos, de agir mediante ações planejadas com adequação, executadas com o menor custo possível, controladas e avaliadas em função dos benefícios que produzem para a satisfação do interesse público.

Inequívoco é que o direito positivo brasileiro incorporou a eficiência definitivamente entre suas normas providas de cogência, de sorte a vincular o administrador público. Basta ilustrar com o disposto na Constituição Federal, art. 74, II (o sistema de controle interno de todos os Poderes tem, entre suas finalidades, "avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência"); na Lei nº 8.987/95, que disciplina o regime de permissão e concessão de serviços públicos, cujo art. 6º, § 1º, define a prestação de serviço adequado como aquela que cumpre as "condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade das tarifas"; na Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, cujo art. 2º manda obedecer a onze princípios, entre os quais o da eficiência.

Atualize-se a leitura do art. 4º da Lei nº 8.429/92, que define as hipóteses de improbidade administrativa – "Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos". O texto é de 1992, anterior, portanto, à EC nº 19 que, em 1998, alinhou a eficiência à legalidade, à impessoalidade, à moralidade e à publicidade, que compunham a cabeça do art. 37 da Constituição quando da edição da chamada Lei da Improbidade Administrativa. Depois da Emenda nº 19/98, o art. 4º da Lei nº 8.429/92 deve ser relido de modo a incluir a eficiência entre os princípios que todo administrador público deve observar no trato dos assuntos que lhe são afetos. Em outras palavras, tangencia a improbidade administrativa a omissão específica de providências eficientes e eficazes para corrigir o funcionamento defeituoso de procedimentos administrativos cotidianos tão importantes para o interesse público, como são aqueles que se desdobram no processo de licitação.

A recente decisão do Supremo Tribunal Federal, veiculada pelo noticiário da imprensa de 14 de junho, tomada por seis votos a cinco, no sentido de excluir da incidência da Lei da Improbidade Administrativa os agentes políticos (Presidente da República, Governadores de Estado, Prefeitos Municipais, Senador, Deputado, Vereador, Magistrados) – considerando que estes já estão sujeitos à Lei dos Crimes de Responsabilidade –, apenas reforça que sujeitos da improbidade são os agentes da Administração, assim definidos, na seara das licitações e contratações, pelos artigos 82 a 84 da Lei nº 8.666/93, ou seja, precisamente aqueles que especificam objetos, emitem pareceres técnicos ou jurídicos, conduzem procedimentos licitatórios, praticam atos administrativos nesses procedimentos e ordenam as despesas deles decorrentes.

Reflita-se acerca da lição de LUCIO IANNOTTA, em livre tradução – "o princípio da legalidade implica a aplicação indefectível das normas que dão vida aos bons resultados ..., mas implica, outrossim, a impossibilidade de aplicar normas que dêem vida a maus resultados, isto é, que sacrifiquem bens jurídicos delimitados e definidos, em contraste com aqueles mesmos bens objetivados pelo legislador ou com os protegidos pela Constituição escrita, ou, ainda mais profundamente, da instituição republicana" (Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni. *In Rev. Diritto Amministrativo*, Roma, 1999, pág. 101).

## **5 PONTOS POLÊMICOS**

Nada obstante, em dois pontos, pelo menos, o Projeto de Lei n.º 7.709/07 suscita polêmica: (a) a obrigatoriedade de os interessados estarem inscritos em cadastro, como condição de participação em certame promovido por meio eletrônico; (b) a exclusão da publicação em diário oficial de editais e demais atos concernentes à licitação, a serem veiculados tão-somente em rede informatizada.

Quanto ao primeiro ponto, a participação na licitação, na modalidade de pregão sob a forma eletrônica, exige, segundo o Projeto, prévio cadastramento, ou cadastramento e habilitação, no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF, ou no sistema de cadastro próprio dos órgãos licitantes, bem como credenciamento perante o provedor do sistema eletrônico.

O Tribunal de Contas da União determinou, por mais de uma vez, a órgãos jurisdicionados, desde a instituição do SICAF pelo Decreto nº 3.722/01, que:

Deixe de incluir, em editais de licitação, dispositivo que somente possibilite a habilitação de licitantes previamente cadastrados no Sistema Integrado de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF, por falta de amparo legal para tal exigência (Acórdão nº 36/2005 – Plenário).

A Corte de Controle Externo entende que a exigência de prévia inscrição do licitante em registro cadastral restringe, indevidamente, a participação no certame, daí ser vedada sua inclusão em edital. Com razão, de vez que infringe o supra referido art. 3º. § 1º, I, da Lei nº 8.666/93 e nesta não encontra amparo. O TCU comunicou tal orientação ao Executivo, que editou o Decreto nº 4.485, de 25.11.02, cujo art. 1º, § 1º, inciso II, dá outro tratamento à questão: “nos casos em que houver necessidade de assinatura do instrumento de contrato, e o proponente homologado não estiver inscrito no SICAF, o seu cadastramento deverá ser feito pela Administração, sem ônus para o proponente, antes da contratação, com base no reexame da documentação apresentada para habilitação, devidamente atualizada”. Em outras palavras, não mais se exige a inscrição no SICAF como condição para participação de licitação, mas, tão-somente, para a celebração do contrato, cabendo à Administração realizar a inscrição sem despesas para o adjudicatário que não fosse inscrito; logo, a este foi possível participar sem a inscrição, uma vez que virá a sê-lo, pela própria Administração, se resultar vencedor do certame. Situação bem diversa da originalmente estabelecida e censurada pelo TCU.

Por outro lado, a hipótese do pregão eletrônico é específica e distinta. Os prévios cadastramento e credenciamento se fazem necessários perante o provedor do Sistema, extensivos à realização da licitação por meio eletrônico nas modalidades convencionais, na qualidade de condição de ordem técnica para a participação. Esta se tornaria materialmente impossível caso os interessados não recebessem senha que lhes franqueie o acesso ao procedimento. A própria modalidade resultaria inviabilizada. Veja-se que prévio cadastramento perante o provedor do sistema, indispensável para neste ingressar e ofertar propostas em licitação eletrônica, não se confunde com prévia inscrição em registro cadastral. Por sinal que a Lei nº 8.666/93 destina o registro cadastral a outras finalidades (artigos 34-37).

O art. 3º, § 2º, do Decreto nº 5.450/05 determina que, no caso de pregão promovido por órgão integrante do SISG, o credenciamento do licitante, bem como a sua manutenção, dependerá de *registro atualizado* no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF. Aqui, a Administração considerará *habilitado* o licitante com alguma documentação vencida junto ao Sistema, desde que, após diligência realizada, comprove a regularidade. Cuida-se de habilitação, não de condição para participação na licitação. A habilitação tem por escopo syndicar a aptidão mínima do licitante para ser contratado. A habilitação é pré-requisito da contratação, não da participação no certame; por isto que, como fase do procedimento, a habilitação tanto pode ocorrer antes como depois da abertura das propostas de preço. Segue-se que tampouco sob tal prisma a exigência incidiria em vedação legal, na ciosa e acertada interpretação do Tribunal de Contas da União.

Qual a consequência, em termos de habilitação, na hipótese de o licitante, cadastrado no SICAF e credenciado perante o provedor do sistema, tendo já participado de outras licitações, vir a ter vencida, no curso de novo procedimento licitatório em que surte classificado em primeiro lugar, a data de validade de documento comprobatório de regularidade fiscal?

O licitante, quando da divulgação do edital no sítio eletrônico, atendia aos requisitos necessários para participação na licitação (prévio cadastramento e credenciamento perante o provedor do sistema), participando da fase de apresentação de propostas. A verificação de que o licitante **continua** regular perante a Fazenda Pública pode ser aferida pela Administração por simples diligência ou mediante solicitação da documentação atualizada. Comprovando-se a permanência da regularidade fiscal, há de



habilitar-se o licitante. Motivo algum haveria para inabilitá-lo e, como cediço, à falta de motivo - elemento integrante da estrutura morfológica do ato administrativo -, o ato padece de vício que poderá acarretar sua invalidação, com apuração de responsabilidades. Caso se verifique que o licitante não se encontra regular perante a Fazenda Pública, a consequência é a sua inabilitação, passando-se ao exame da aceitabilidade do valor proposto pelo segundo classificado, a que se seguem, caso aceito o preço, negociação sobre o seu valor e conferência de seus documentos de habilitação.

É proposta do Projeto de Lei n.º 7.709/07, quando houver inversão de fases, que se exija, na abertura da sessão, a apresentação de declaração do representante legal do licitante de que reúne as condições de habilitação postas no edital. A comprovação de permanência da regularidade fiscal do licitante, na fase de habilitação, não descaracteriza a declaração emitida.

No concernente ao segundo ponto polêmico – divulgação do edital restrita à mídia eletrônica, abolida a publicação em diário oficial, no intuito de reduzir custos -, desafia reflexão porque confronta com o princípio constitucional da publicidade, se se considerar que nem todas as empresas em operação no mercado contam com meios de acesso à rede mundial de computadores.

A preocupação é relevante porque o Projeto de Lei nº 7.709/07 se pretende veículo de normas portadoras de caráter geral, vale dizer, cogentes para todos os órgãos e entidades da Administração da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (CF/88, art. 22, XXVII). Logo, há de se ponderar se todos terão condições materiais de dar-lhes aplicação, inclusive quanto à publicidade, não apenas em relação a seus próprios equipamentos, mas também em relação aos equipamentos de que disponham as empresas do ramo, na região da contratação ou fora dela.

Causa apreensão a advertência lançada por Rodrigo Baggio, diretor-executivo do Centro para a Democratização da Informática, ONG que trabalha pela inclusão digital, em entrevista divulgada pelo jornal O GLOBO, edição de 13.05.07, caderno Boa Chance, primeira página, quanto a editais de concursos destinados ao provimento de cargos públicos: "existe hoje, no Brasil, um *apartheid digital* ...; dados do IBGE: 79% dos brasileiros nunca consultaram a internet ... num *ranking* de 150 países feito pela ONU, o Brasil é 71º nesse tipo específico de exclusão. Fazendo inscrições em concursos apenas por via eletrônica, as empresas estão deixando de contratar talentos. Nas comunidades de baixa renda, há um potencial incrível de criatividade".

Os concursos para provimento de cargos públicos são certames seletivos da mesma índole que as licitações – facetas do mesmo princípio da indisponibilidade dos bens, valores e cargos públicos - e também convocáveis por edital. A advertência acima é formulada porque editais de concursos estão sendo divulgados exclusivamente pela internet e exigindo que os candidatos se inscrevam pela mesma via, o que, segundo se informa, afastaria um sem-número de candidatos em potencial. A inviabilização da participação de candidatos que não disponham dessa via de acesso traduziria conduta infratora do caráter universal de todo certame público, tal como se deduz do disposto no art. 37, incisos I e XXI, da CF/88. Dá o que pensar.

## **6 CONCLUSÃO**

Segundo o Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário – IBPT, o Brasil perde, anualmente, 32% da arrecadação tributária com corrupção e ineficiência administrativa. São bilhões de reais que vão para o ralo e que poderiam ser empregados em prol da sociedade, com investimentos em infra-estrutura, educação, saúde, segurança.

A utilização do formato eletrônico, para todas as modalidades licitatórias, se presume capaz de atrair um número maior de participantes do ramo do objeto que a

Administração pretende contratar, a cada certame. A ampliação do número de interessados gera competitividade e, por conseguinte, propostas mais vantajosas economicamente para a Administração.

A licitação, como conjunto de procedimentos formais, não tem logrado, sempre, o intento de servir à moralidade administrativa. Por meio de estratégias conhecidos dos órgãos de controle interno e externo, o dinheiro público desvia-se do seu destino legal, para atender a interesses privados não raro inconfessáveis.

A utilização do pregão eletrônico, regulamentada pelo Decreto n.º 5.450/05, tem trazido resultados positivos para a otimização dos gastos públicos, elevando o teor de controle dos atos administrativos pelos participantes do certame e pela sociedade em geral, por conseguinte tendendo a reduzir a incidência de fraudes nos procedimentos licitatórios.

A extensão do formato eletrônico às demais modalidades licitatórias objetivará os mesmos resultados, proporcionando transparência às contratações públicas e a busca da proposta mais vantajosa para a Administração. A utilização desse formato em todas as modalidades licitatórias, como disposto no art. 16 do Projeto de Lei n.º 7.709/07, não eximirá o gestor público do dever funcional de observância dos princípios que regem a atividade administrativa estatal, o fiel cumprimento do devido processo legal e a garantia da ampla defesa e do contraditório, também princípios constitucionais (CF/88, art. 5, LIV e LV).

O magistério de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO vem realçando que "A ética gira em torno de um dilema: o que é bom e o que é mau. Mas o bom pode ser tão-somente um preconceito pessoal, como, também, um fato concreto – o resultado de uma ação. Na política, coube a MAX WEBER equacionar adequadamente esse dilema, sobre qual seria a justa postura moral do agente público que devesse tomar decisões e administrar interesses de terceiros, ou seja: se lhe bastariam apenas suas boas intenções para justificar-se-lhe a conduta – e ter-se-ia uma ética da intenção –, ou se seria necessário que efetivamente ele atingisse os resultados dele esperados – e ter-se-ia uma ética do resultado. Não obstante, como é de geral sabença, os agentes políticos e administrativos, aqui e alhures, insistem em proclamar com destaque os acertos de suas intenções para encobrir os desacertos e a miséria dos resultados de suas ações ... não obstante, weberianamente, a ética que se lhes deva aplicar só possa ser a ética dos resultados – pois a ninguém se obriga assumir responsabilidade de zelar e de promover o bem de todos –, de modo que, se alguém a tanto se abalança por sua livre vontade, decidindo e administrando interesses alheios, é justo que, perante todos, esse agente responda pela eficiência de seus atos, tal como na vida privada se exige de um procurador ou de um gestor de negócios que, do mesmo modo, empregam em confiança recursos alheios para satisfazer interesses igualmente alheios. Assim, se chega à conclusão de que, nessas condições, se no plano moral o bom resultado é exigível e, do mesmo modo o é no plano do direito privado, com muito mais razão deverá sê-lo no plano do direito público, em que os recursos empregados e os interesses a serem satisfeitos não são os do agente e, nem mesmo, de particulares, mas são os da sociedade, ao que se acresce que as investidas públicas, que têm os ônus de sua satisfação a seu cargo, tampouco a ninguém são impostas, senão que voluntariamente assumidas" (*"Novo Referencial no Direito Administrativo: do Controle da Vontade ao do Resultado"*. III Fórum de Controle da Administração Pública, Rio de Janeiro, 8 de agosto de 2006).