

**ZÊNITE FÁCIL**

Fique informado e participe dos debates sobre contratação pública. Siga a Zênite nas redes sociais:

 <http://www.zenite.blog.br>  [@zenitenews](https://twitter.com/zenitenews)  [/zeniteinformacao](https://facebook.com/zeniteinformacao)  [/zeniteinformacao](https://linkedin.com/company/zeniteinformacao)

 [/zeniteinformacao](https://youtube.com/zeniteinformacao)

O PREGOEIRO EM DICOTOMIA: LEGALIDADE X EFICIÊNCIA

Data	Junho de 2024
Autores	Raphael Gabriel Leandro.

O PREGOEIRO EM DICOTOMIA: LEGALIDADE X EFICIÊNCIA

RAPHAEL GABRIEL LEANDRO

Pós-Graduado em Direito Administrativo pela Universidade Estácio de Sá, Pós-Graduado MBA em Gestão de Contratos e Licitações pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, e Pós-Graduando MBA em Gestão Pública pela Escola Nacional de Administração Pública. Servidor Militar Federal desde 2008. Exerce a função de Pregoeiro, e atua em processos de licitações públicas desde 2013.

Trata-se de um tema de necessária apresentação, ante a verborragia nos corredores das repartições públicas em geral, por parte de alguns pregoeiros, com a proposição de soluções simplistas às nuances da licitação, verdadeiras invenções, na tentativa de burlar a legalidade do rito procedimental do certame.

Não é demais lembrar que, o pregoeiro, como qualquer outro agente estatal, deve se atentar para que sua atuação esteja em compasso com os princípios licitatórios e constitucionais da Administração, além de observar se seus atos orbitam dentro daquilo que expressa a jurisprudência da Corte de Contas da União, a quem compete “dizer o direito”, ou seja, a interpretação das Leis e normas, para aplicação dos recursos públicos federais, evitando que seu atuar se torne impróprio e gere incompatibilidade com o ordenamento jurídico.

O estudo da Lei nº 14.133/21 tem evidenciado que a *novatio legis* propicia as formas de concretização dos atos jurídico-administrativos de maneira mais ágil, alinhando-se à desburocratização e a maior eficiência, próprias do modelo atual de Administração Gerencial. Para exemplificar, a NLLC dispõe o reconhecimento de firma em documentos apenas quando houver imposição legal ou dúvida de autenticidade (art. 12, V), o acesso à íntegra dos instrumentos convocatórios sem a necessidade de registro ou identificação (art. 25, § 3º), o advento dos pareceres referenciais (art. 53, § 3º), dentre outros.

E esse é o ponto que se alude: é a Lei, em sentido amplo, com seus mecanismos, procedimentos e disposições, editada pelos legitimados para tanto, que permitirá a concretização da eficiência administrativa nas contratações públicas, e não a “inovação” pelo pregoeiro de atos e práticas dissonantes da Lei. Afinal, no contexto de evolução da Administração Pública, o advento do paradigma pós-burocrático não representa o rompimento completo com o modelo racional-legal, incorporando àquele os princípios e boas práticas do modelo anterior, como a normatização de regras e procedimentos.

Cabe rememorar que, o direito administrativo brasileiro absorveu algumas características do direito francês, prendendo-se fortemente ao princípio da legalidade, além da herança do *common law* do direito norte-americano que fez com que a Administração fosse submetida ao controle jurisdicional, e de sua porção arraigada no direito romano-germânico, personificada pela hipertrofia legislativa. Todas essas influências na formação do direito administrativo pátrio, de certa forma, favorecem a sua aplicação, pois, geralmente, haverá previsão normativo-legal estabelecendo os caminhos e mecanismos para o alcance do interesse público e, quando não houver, os princípios gerais do direito restaram aptos a suprir a lacuna.

Logo, se subsiste lei ou norma versando sobre o que fazer, e como proceder, de maneira bem detalhada, como se observa na Lei nº 14.133/21 e em seus regulamentos, basta que o pregoeiro cumpra o disposto na norma. Isto, pois, como já é sabido, diferentemente do particular, que pode fazer tudo aquilo que a Lei não proíbe (legalidade ampla), os agentes públicos apenas podem fazer o que a Lei determina (legalidade estrita).

Brevemente, cabe pontuar o equívoco comum criado pelo errôneo entendimento de alguns pregoeiros sobre a discricionariedade administrativa. Conforme já dito, o agente público atua apenas no momento e na forma que a Lei determina. No entanto, é comum se ouvir a expressão "mas isso aí é discricionário, posso decidir livremente", quando, geralmente, não é. O magistério de DI PIETRO (2022, pg 554) nos ensina a respeito:

“o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí por que se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei.”

Como se observa, a discricionariedade não reside na vontade livre do agente público, mas sim em um poder de escolha outorgado e balizado pelo ordenamento jurídico, que ocorre quando a Lei é omissa, quando a Lei expressamente confere à Administração a conveniência e oportunidade, ou quando a Lei prevê determinada competência e não estabelece a conduta a ser adotada ou possibilita mais de uma forma de atuar.

Trazendo-se para o contexto do pregão eletrônico, imagine que, um pregoeiro, ao receber pedido de impugnação de um licitante, que alega haver cláusula que restringe a competitividade, sem justificativa nos autos, resolva não acolher o requerimento da empresa, mesmo sabendo que a ela guarda razão, com o pretexto de estar velando pelo interesse público, eficiência e formalismo moderado. Para piorar, se é que é possível, o pregoeiro resolve, ainda, cancelar o item alvo da impugnação, tentando “resolver” a questão, tendo em vista que a sessão pública do certame abriria em dois dias.

Bem, essa situação hipotética demanda uma análise profunda, ante as inúmeras ilegalidades perpetradas. Vejamos. A legalidade, sem dúvida, é o primeiro princípio desrespeitado, pois o ultraje aos demais princípios perpassa a ofensa daquele, pois, através dele, subsistem os demais. Em sequência, verifica-se o ultraje ao princípio da indisponibilidade do interesse público, uma vez que o pregoeiro capturou para si o interesse público que deveria zelar, com a observância da Lei, ante a sabida ausência de motivação circunstanciada¹ nos autos quanto à cláusula restritiva combatida. De tabela, violou, ainda, o princípio da autotutela², em razão da rejeição indevida da impugnação, quando, na verdade, deveria rever o ato de ofício.

E não para por aí. O cancelamento do item alvo da impugnação profanou novamente a legalidade³, assim como o tratamento isonômico entre os licitantes e a competitividade, pois a modificação no edital, decorrente de pedido de impugnação, deveria implicar em nova divulgação do instrumento convocatório, no mesmo formato da primeira, e com os mesmos prazos. Afinal, inquestionavelmente, houve alteração que comprometeu a formulação das propostas, influenciando na participação daqueles que já a haviam cadastrado e dos que poderiam cadastrar se soubessem.

Além disso, ciente da ilegalidade em curso⁴, o condutor do certame não adotou as providências de ofício, deixando de praticar, indevidamente, ato de ofício, e praticando-o contra disposição expressa de lei, que poderia levar o pregoeiro a incorrer no ilícito penal da prevaricação. Isso, sem contar, a possível incidência da conduta em ato de improbidade administrativa, por frustrar a licitude ou o caráter concorrencial de processo licitatório⁵.

Nesse ponto, alguns agentes incumbidos da seleção da proposta mais vantajosa, dos relatos que se tem notícia nos corredores das repartições públicas em geral, consideram que acolher pedido de impugnação ou esclarecimentos de licitante, nos termos do exemplo acima, significaria privilégio do interesse do particular em detrimento ao da Administração, resultando na prática de advocacia administrativa. Tal entendimento transborda, e muito, a teratologia. Afinal, o interesse público⁶ primário, ditado pela Lei, não coaduna com tal interpretação, ainda que o pretexto fosse o interesse público secundário (do órgão ou entidade) que pode existir, se congruente com o interesse público da coletividade que, repita-se, é ditado pela Lei, não pelo agente público.

Noutro exemplo de ausência de discricionariedade e observância da legalidade estrita, tem-se as infrações e sanções administrativas tipificadas nos Arts. 155 e 156

da Lei 14.133/2021. O legislador deixou claro que não há mais, como subsistia na Lei anterior, poder de escolha da Administração sobre qual sanção aplicar no caso concreto, uma vez que, por exemplo, a conduta de deixar de entregar a documentação exigida para o certame, tem sua sanção taxativamente fixada no Art. 156, III, §§ 3º e 4º. No entanto, o legislador ainda deixou uma margem de discricionariedade para a gradação da sanção, conforme os parâmetros que se observam no Art. 156, § 1º, podendo, assim, seguindo o exemplo acima, a Administração decidir qual a duração do impedimento de licitar (de 1 dia a 3 anos) e a porcentagem de multa a ser aplicada (de 0,5% a 30%).

A diante, vejamos o que doutrina clássica⁷ nos ensina a respeito dos princípios da legalidade e da eficiência:

“É aqui que melhor se enquadra aquela ideia de que, na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei. Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite.”.

“a eficiência que a Constituição propõe é sempre suscetível de ser alcançada conforme o ordenamento jurídico, e em nenhum caso ludibriando este último”.

Sob o cenário da contratação pública, a doutrina especializada⁸ também versa sobre os princípios da legalidade e da eficiência:

“para a Administração Pública, o princípio da legalidade reveste-se de tonalidade especial [...] os agentes administrativos não atuam com liberdade, para atingir fins que repute convenientes. [...] Em breves palavras, a Administração Pública cumpre a lei; os agentes administrativos exercem competência atribuída por lei, nos termos dela.”

“A eficiência, por sua vez, não despreza os resultados, porém os relaciona aos meios para obtê-los, buscando a relação ótima entre os custos (esforços) e benefícios (resultados). [...] Convém advertir que o princípio da eficiência não serve de justificativa para a desobediência à legalidade e aos demais princípios da licitação pública, entre os quais merece menção especial o da igualdade. Deve-se obter eficiência em consonância aos demais princípios, sem que um exclua o outro.”

Diante de toda essa expressão doutrinária, e pela labuta licitatória ao longo dos anos, resta evidenciado que todos os objetivos da contratação pública podem ser plenamente atingidos, com a eficiência administrativa e a legalidade estrita caminhando de mãos dadas. O problema não habita o arcabouço licitatório, mas sim a patologia de alguns em, nas palavras de DALLARI⁹, “confundir a licitação com o mau uso que dela se tem feito”.

Muito disso ocorre em razão de percepção isolada e absoluta dos princípios licitatórios, como o da eficiência, quando na verdade se trata apenas de um preceito dentre tantos outros, como o da legalidade, que integram o conjunto principiológico da contratação pública e devem ser sopesados no caso concreto de forma sistêmica.

Nesse prisma, há de se ressaltar que os princípios e regras de direito existem para delimitar ações e regular situações no serviço público que, de fato, com o passar dos anos, precisam ser revisadas e avaliadas para que se mantenham eficientes. Sendo assim, a inovação no direito, necessária para a concretização da eficiência administrativa, cabe ao legislador ordinário, e não ao agente público, como também lecionam NIEBUHR (2023, p. 89 e 770) e MELLO (2004, p. 112):

“Convém advertir que o princípio da eficiência não serve de justificativa para a desobediência à legalidade e aos demais princípios da licitação pública, entre os quais merece menção especial o da igualdade. Deve-se obter eficiência em consonância aos demais princípios [...] princípios administrativos protetores do interesse público, bem como os da eficiência, eficácia ou outros, não devem ser invocados genericamente para contornar a opção legítima e democrática resultante do processo legislativo.”

“o princípio da eficiência não pode ser concebido senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência”

Nesse contexto, tendo o pregão eletrônico como referência, a busca do máximo desempenho possível pelo Pregoeiro, voltado apenas à obtenção do melhor/menor preço no certame, às custas do que preconiza as normas licitatórias, sob a justificativa de eficiência do processo, fragiliza a Administração. Afinal, a eficiência, além de ser um princípio que se agrega aos demais, não pode sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao princípio de legalidade, insigne pilar do Estado de Direito.

Conforme ensina NIEBUHR (2015, p. 35), "a eficiência em licitação pública gira em torno de três aspectos fundamentais: preço, qualidade e celeridade", e não apenas sobre os aspectos econômicos, como se observa na atuação dos pregoeiros em geral. Assim, o alcance da eficiência administrativa na licitação pública depende de uma proposta economicamente vantajosa, com a qualidade delineada no instrumento de planejamento, e obtida de forma célere, sem a malversação dos ritos legais.

Dessa forma, o pregoeiro não deve focar em uma eficiência voltada apenas ao preço do produto/serviço ofertado, muito menos suprimindo prazos ou direitos dos licitantes sob o pretexto de uma celeridade ou urgência que, geralmente, advém da falta de planejamento da Administração. Isto, pois tal conduta poderá perpetuar ilegalidades que, além de colocar o pregoeiro na trajetória de responsabilização pela Corte de Contas, causará o insucesso do certame e danos à Administração e aos licitantes.

Não é raro, também, a escolha de uma proposta, dita como economicamente vantajosa, mas que não atende às especificações delineadas e, por isso, deveria ser desclassificada¹⁰. Isso ocorre, novamente, fundado no subterfúgio de alegada eficiência, seja para não ter que praticar os mesmos atos com segunda colocada, ou

em razão de a empresa ser a única interessada no item. Tais condutas, além de não suprir a demanda administrativa, oblitera a oportunidade de outros potenciais concorrentes, que poderiam ter participado do certame se as especificações fossem inferiores às de fato publicadas.

Por fim, coleciona-se as sábias lições de NIEBHUR¹¹:

“É preciso dizer que o insucesso de algumas ou de muitas licitações públicas não é causado pelas formalidades que lhe são próprias, protetoras da igualdade e dos interesses públicos, porém pela má condução dos respectivos processos. A ineficiência administrativa tem causas mais profundas.”

Diante desse embate apresentado, existente entre alguns pregoeiros e a legalidade, em pleno 2024 e com a vigência plena da NLLC, fica evidente a necessidade de contínua capacitação dos agentes responsáveis pela condução e coordenação do certame. Claro que, a grande maioria dos pregoeiros atuam dentro da legalidade estrita a que se submete a Administração, mas mesmo que sejam apenas alguns desajustados, o dano a Administração pode ser incalculável, ante a uma única atuação *contra legem*.

E aqui, que fique claro, não se preconiza que o pregoeiro seja um doutor em ciências jurídicas, mas que ao menos se tenha a iniciativa de buscar o conhecimento, ou, então, que se procure o assessoramento jurídico estampado no art. 15, do Decreto 11.246/22, evitando-se, assim, a tomada de decisão fundada em atos dissonantes do arcabouço jurídico licitatório.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: .

BRASIL. Lei nº 14.133/2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: .

_____. Decreto nº 11.246, de 27 de outubro de 2023. Regulamenta o disposto no § 3º do art. 8º da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para dispor sobre as regras para a atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, o funcionamento da comissão de contratação e a atuação dos gestores e fiscais de contratos, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: .

_____. Instrução Normativa SEGES/ME nº 73, de 30 de setembro de 2022. Dispõe sobre a licitação pelo critério de julgamento por menor preço ou maior desconto, na forma eletrônica, para a contratação de bens, serviços e obras, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: <<https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-seges-me-no-73-de-30-de-setembro-de-2022>>.

_____. Tribunal de Contas da União. Jurisprudência. Disponível em: .

NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo - 6. ed. - Belo Horizonte. Fórum, 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 35ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 32ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

DALLARI, Adilson Abreu. Aspectos jurídicos da licitação. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

¹ Art. 18, inciso IX, da Lei nº 14.133/2021

² Arts. 164 da Lei 14.133/2021; 53 da Lei 9.784/1999; Acórdão 1414/2023-Plenário/TCU

³ Art. 16, § 3º, da IN SEGES/ME nº 73/2022

⁴ Acórdão 7289/2022-Primeira Câmara/TCU: [...] 9.2. aplicar individualmente ao Sr. ****omitido**** (CPF XXX.308.136-XX), prefeito do município de ****omitido**** à época dos fatos, e à Sra. ****omitido**** (CPF XXX.431.246-XX), presidente da Comissão Permanente de Licitação à época dos fatos, a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 268, inciso II, do Regimento Interno do TCU, no valor de R\$ 5.000,00 [...].

⁵ Art. 10, inciso VIII, e Art. 11, inciso V, ambos da Lei nº 8.429/1992

⁶ BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 76: "A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade - internos ao setor público -, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los - o que é também um dever - na estrita conformidade do que predispuser a intentio legis."

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 35ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022. Pg 244 e 279.

⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo - 6. ed. - Belo Horizonte. Fórum, 2023. p. 88 e 89.

⁹ DALLARI, Adilson Abreu. Aspectos jurídicos da licitação. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 13.

¹⁰ Art. 59, inciso II, Lei nº 14.133/21

¹¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo - 6. ed. - Belo Horizonte. Fórum, 2023. p. 32.

Como citar este texto:

LEANDRO, Raphael Gabriel. O pregoeiro em dicotomia: legalidade x eficiência. Zênite Fácil, categoria Doutrina, 14 jun. 2024. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaaa.