

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

GABRIEL DE JESUS TEDESCO WEDY

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: José Sérgio da Silva Cristóvam; Gabriel de Jesus Tedesco Wedy – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-691-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

O XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, ocorrido entre os dias 14 e 16 de novembro de 2018, na acolhedora Porto Alegre (RS), ofereceu aos seus participantes conferências, painéis e grupos de trabalho de elevada qualidade, dentre os quais destacamos, sem favor algum, o Grupo de Trabalho “Direito Administrativo e Gestão Pública II”, que reuniu um destacado conjunto de pesquisadores de todas as regiões do país, com artigos de ampla pertinência acadêmica e inquestionável relevância prática.

Os artigos apresentados foram marcados pelo invulgar apuro intelectual, que deu ensejo a comunicados científicos e discussões de sensível qualidade, nas mais diversas temáticas do Direito Administrativo, a envolver alunos de mestrado e doutorado, professores e profissionais, com contribuições e discussões marcadas pelo respeito e a perspectiva dialógica horizontal, democrática, aberta e plural.

Os artigos aqui publicados gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. A GESTÃO FISCAL RESPONSÁVEL E A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UM LIAME NECESSÁRIO PARA A CONSECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS;
2. FUNDAMENTAÇÃO RACIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS COMO DEVER CONSTITUCIONAL;
3. O SISTEMA DE RESPONSABILIDADE DA TEORIA DA UNIDADE DE VALOR, DE RONALD DWORKIN, COMO CONCEITO EPISTEMOLÓGICO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA;
4. A RESPONSABILIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO NA ABUSIVA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS AO AGENTE PÚBLICO;
5. UMA ANÁLISE INSTITUCIONAL DO PAPEL DEMOCRÁTICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS;

6. AGÊNCIAS REGULADORAS E UNIDADE ORGÂNICA DA PROCURADORIA DO ESTADO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA INTERPRETAÇÃO FEDERALISTA DA CONSTITUIÇÃO E O CASO DO ESTADO DO CEARÁ;

7. ALIENAÇÃO DE BENS MÓVEIS PÚBLICOS NA MODALIDADE PREGÃO ELETRÔNICO: UM ESTUDO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA;

8. REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO – RDC: ANÁLISE DA APLICAÇÃO, TRANSITORIEDADE E PERMANÊNCIA DA LEI 12.462/2011;

9. O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO (RDC): DE SUA ESTRUTURA BASILAR AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE;

10. LIÇÕES PROPEDEÚTICAS PARA O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO;

11. APLICATIVOS DE INTERMEDIÇÃO DE CONTRATOS PRIVADOS DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS: POR QUE A POLÊMICA CONTINUA?;

12. A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ATIVIDADE EDUCACIONAL PRIVADA: AS CONDIÇÕES CONSTITUCIONAIS, A LIVRE INICIATIVA E ALGUMAS INCOMPATIBILIDADES LEGISLATIVAS;

13. CRISE NO CÁRCERE: A UTILIZAÇÃO DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA E A PRIVATIZAÇÃO DO PRESÍDIO;

14. O PARADOXO ENTRE O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL COMO FATOR LIMITADOR DO CARÁTER ABSOLUTO DA PROPRIEDADE PRIVADA PELA INTERVENÇÃO DO PODER PÚBLICO;

15. BENS PÚBLICOS NO ATACADO E NO VAREJO: REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA DE INTERESSE ESPECÍFICO E DA LEGITIMAÇÃO FUNDIÁRIA SOBRE TERRAS PÚBLICAS NA LEI N. 13.465/17;

16. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E PERSPECTIVAS PARA O FUTURO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL;

17. DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS E A FAZENDA PÚBLICA NO ACESSO À JUSTIÇA.

Como visto, trata-se de um rico conjunto de temáticas, que evidencia a marca da interdisciplinaridade e contemporaneidade das discussões sobre a atividade administrativa e a gestão pública, de forma a indicar rumos para a pesquisa e o debate sobre os grandes temas do Direito Administrativo na atualidade.

Estamos profundamente honrados pela participação na Coordenação desse relevante Grupo de Trabalho (GT), com o registro da satisfação em podermos debater com todos os autores e demais participantes.

Registramos, ainda, os sinceros cumprimentos ao CONPEDI, pela já costumeira qualidade dos encontros nacionais, e agradecemos aos colegas de Porto Alegre (RS) pela hospitaleira acolhida que tivemos na bela e moderna estrutura da UNISINOS - nessa verdadeira maratona de divulgação da pesquisa científica na área do Direito.

Cordial abraço e esperamos que os leitores apreciem essa coletânea e suas qualificadas temáticas!

Porto Alegre, novembro de 2018.

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – UFSC

Prof. Dr. Gabriel de Jesus Tedesco Wedy – UNISINOS

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**ALIENAÇÃO DE BENS MÓVEIS PÚBLICOS NA MODALIDADE PREGÃO
ELETRÔNICO: UM ESTUDO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA**

**ALIENATION OF PUBLIC MOVABLE PROPERTY IN THE FORM OF
ELECTRONIC PREGNANCY: A STUDY IN THE LIGHT OF JURISPRUDENCE**

Luciana Oliveira De Campos ¹

Larissa Urruth pereira ²

Resumo

Tendo em vista que a Lei n. 10.520/2002 institui, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, o presente trabalho, mediante a compleição principiológica e o estudo de caso, pretende apresentar a possibilidade legal e jurisprudencial de adoção da modalidade pregão, na forma eletrônica, para a alienação de bens móveis públicos. Tal estudo visa discutir as vantagens de aplicação da referida modalidade, tendo em vista os princípios da economicidade, da isonomia e da celeridade nas alienações públicas.

Palavras-chave: Jurisprudência, Licitação, Pregão, Princípios, Venda de bens móveis

Abstract/Resumen/Résumé

Considering that Law n. 10,520/2002 establishes, under the terms of article 37, item XXI, of the Constitution, a bidding modality known as a trading floor, for the acquisition of common goods and services, this paper, through three of a set of principles completeness and the case study, intends to present the legal and jurisprudential possibilities of adopting the trading modality, in electronic form, for the disposal of public movable property. This study aims to discuss the advantages of applying this modality, considering the principles of economy, equality and speed in public disposals.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Jurisprudence, Bidding, Trading floor, Principles, Sale of movable property

¹ Advogada. Mestra em Direito e Sociedade pela Universidade La Salle/Canoas-RS

² Advogada. Mestra em Ciências Criminais e Doutoranda em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica.

1. INTRODUÇÃO

A modalidade de licitação pregão eletrônico, inserida no ordenamento jurídico no ano de 2000 por advento de Medida Provisória, destinava-se, inicialmente, apenas à aquisição de bens e produtos comuns, cujos recursos financeiros fossem oriundos da União. No ano de 2002, a referida medida foi convertida na Lei Federal n. 10.520/2002, passando a regular os processos licitatórios em âmbito geral. Com o advento do novel diploma, a Lei Federal n. 8.666/1993 passou a ter aplicação subsidiária naquilo em que o novo diploma silenciasse, sendo aplicada de forma residual, ou seja, às licitações que não tivessem como objeto a aquisições de bens e serviços tidos como comuns.

A modalidade de licitação pregão eletrônico foi demonstrando sua superioridade em relação às outras modalidades, denotando, de forma prática, inúmeras vantagens, tais quais: a ampliação da competitividade, a celeridade, a garantia da isonomia e a economicidade. Referidas vantagens levaram à ampliação gradativa da aplicação da modalidade pregão em detrimento das elencadas na Lei de Licitações. Observa-se um esforço interpretativo pela doutrina e pelos tribunais, notadamente do Tribunal de Contas da União, em construir, com base nos princípios que regem as contratações públicas, a ampliação do uso do pregão para além das aquisições de bens e serviços comuns.

Uma questão representativa desse avanço da utilização da modalidade pregão em detrimentos daquelas previstas na Lei n. 8.666/1993, está na realização de licitações que têm como objeto a alienação de bens móveis, ou seja, aquelas que requerem seu processamento pelo tipo maior lance. Nesse sentido, observam-se avanços ao longo dos últimos anos, cujas primeiras decisões tratam sobre a possibilidade de processamento de licitações para concessões de espaços públicos de forma excepcional, ganhando espaço e chegando a utilização geral para o caso de bens móveis comuns.

No presente trabalho se pretende discorrer sobre esse processo evolutivo de utilização da modalidade pregão em detrimento das tradicionais da Lei de Licitações, com enfoque especial sobre os processos licitatórios promovidos com o objetivo de alienar bens móveis. A apresentação foi dividida em três tópicos, sendo o primeiro de caráter geral versando sobre as alienações de bens móveis e as disposições legais do ordenamento jurídico; no segundo procuramos abordar a evolução e a possibilidade de utilização do pregão como modalidade de licitação que tem como objetivo alienar bens móveis; e, no terceiro trazemos um estudo de caso que mostra problemas enfrentados pelos gestores públicos que buscam implementar o uso do pregão em processos de alienação de bens móveis.

2. As Possibilidades Jurídicas de Utilização do Pregão Eletrônico para a Alienação de Bens Móveis Públicos

Como visto, a Lei Federal n. 10.520/2002 instituiu a utilização do pregão para a aquisição de bens e serviços tidos como comuns. A leitura formalista do texto legal, *per si*, afasta a aplicação da referida modalidade para os casos de alienação, sendo, dessa forma, cogente a aplicação residual das modalidades tradicionais previstas na Lei Federal n. 8.666/93.

No entanto, como veremos a seguir, o pregão vem se mostrando opção licitatória apta a garantir maior competitividade, economia, celeridade e isonomia nos certames, tendo sido alvo de diversos estudos pelos entes públicos e pelas cortes de contas. Diante disso, sua aplicação vem sendo ampliada, tendo sido recomendada, inclusive para o caso de contratação de serviços de engenharia¹. Trata-se da aplicação do chamado *formalismo moderado*.

Consoante Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, 2003, p. 464), "a Administração não poderá ater-se a rigorismos formais ao considerar as manifestações do administrado". Ou seja, embora a Administração Pública deva se ater aos procedimentos e ritos legalmente previstos, o interesse do Administrado deve sempre sobressair. As normas devem ser interpretadas de modo flexível e razoável quanto à forma, para evitar que as formalidades acabem se tornando o fim em si mesmas (MEDAUAR, 2005, p. 199). As formas e os ritos devem se prestar ao atendimento do seu conteúdo pragmático e não o contrário.

Isso não implica dizer que não haja ritos ou procedimentos a serem seguidos pela Administração. Consoante Di Pietro (2017, p. 415),

informalismo não significa, nesse caso, ausência de forma; o processo administrativo é formal no sentido de que deve ser reduzido a escrito e conter documentado tudo o que ocorre no seu desenvolvimento; é no sentido de que não está sujeito a formas rígidas.

No mesmo sentido o TCU já se posicionou:

No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados (BRASIL, 2015).

¹ Licitação. Pregão. Obras e serviços de engenharia. Serviços comuns de engenharia. Obrigatoriedade. Pregão eletrônico. Na aquisição de serviços comuns de engenharia, a Administração deve utilizar obrigatoriamente a modalidade pregão, preferencialmente em sua forma eletrônica, devendo justificar a inviabilidade dessa forma caso adote o pregão presencial. (BRASIL, 2018).

Diante disso, resta claro que as normas de licitações e contratos devem visar o atendimento aos princípios licitatórios. Como é cediço na mais balizada doutrina, as decisões administrativas, embora devam resguardar a forma de seus atos, no sentido de respeitar a estrita legalidade, **devem atentar ao chamado formalismo moderado**, propiciando a isonomia, a ampla competitividade, a economicidade e a celeridade dos certames, no sentido de cumprir com o melhor interesse público. Dito isso, passamos então a analisar as questões legais e as questões práticas a despeito da problemática analisada.

2.1 Venda de bens móveis e as disposições legais do ordenamento brasileiro

Os contratos a serem firmados pela administração pública devem ser precedidos de procedimento licitatório, mesmo os casos em que há dispensa ou inexigibilidade de licitação, há normativas a serem observadas pelo gestor público. No caso da alienação de bens, sejam imóveis ou móveis, a matéria é regulada desde 1993 pela Lei Federal n. 8.666, tida como diploma legal que rege as contratações públicas no Brasil.

Ocorre que a partir do ano 2000, o ordenamento jurídico passou a contar com novo diploma legal, que introduziu uma nova modalidade de licitação denominada pregão, a ser utilizada em detrimento da Lei 8.666/1993, sempre que for contratada a aquisição de bens ou serviços comuns com recursos públicos da União. A nova modalidade foi trabalhada e apresentada como a que melhor atende a princípios como o da eficiência, da economicidade, da celeridade, da competitividade, entre outros.

A primeira experiência com a realização de licitação nos moldes do pregão foi realizada na Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL conforme previsão da Lei 9.472/1997 e Resolução 005/98 da ANATEL. O bom resultado obtido pela Agência Reguladora levou à edição da Medida Provisória n. 2.026/2000, a qual foi reeditada inúmeras vezes até a sua conversão na Lei n. 10.520/02, momento em que a modalidade de licitação pregão foi instituída para todos os entes federados, como norma geral. Durante a vigência da Medida Provisória foi editado o Decreto Federal 3.555/2000 que regulou a realização da licitação do pregão na sua forma presencial. Após a publicação da Lei do Pregão (Lei Federal 10.520/02) foi editado novo Decreto Federal – n. 5.450/2005 – com o objetivo de regular a realização do pregão na sua forma eletrônica. Por fim, o Decreto Federal n. 5.504/2005 definiu que as licitações realizadas com recursos próprios da União deveriam ser processadas por meio de pregão, na sua forma eletrônica (JUSTEN FILHO, 2005, p. 18).

Desde a entrada em vigor do regramento atinente ao pregão, algumas questões foram aos poucos surgindo e a jurisprudência trazendo segurança jurídica sobre a possibilidade de sua aplicação ou não, em determinadas circunstâncias sobre as quais a legislação não é absolutamente clara.

Uma das questões debatidas pela doutrina e objeto de inúmeras representações perante o Tribunal de Contas da União diz respeito ao uso da modalidade de licitação pregão para a venda de bens móveis. O cerne da discussão passa tanto pelas disposições da Lei n. 8.666/1993, quanto pelas normas que regulam o pregão.

As modalidades de licitação da Lei n. 8.666/1993, conhecidas como modalidades tradicionais, são: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão (art. 22). A escolha da modalidade se dá não apenas a partir do objeto, mas, em regra, por meio da combinação entre natureza do objeto e valor estimado da contratação.

O art. 17 da Lei 8.666/1993 dispõe sobre a alienação de bens da Administração Pública. Na forma do *caput*, em qualquer processo de venda deve haver interesse público devidamente justificado e a avaliação prévia do bem. A alienação de bens móveis por licitação e os casos de dispensa são previstos no art. 17, inciso II e suas alíneas. Contudo, a definição da modalidade de licitação não é clara, há apenas a disposição do parágrafo 6º do referido artigo 17, segundo o qual bens móveis poderão ser alienados por meio de leilão quando o valor previsto não ultrapassar o previsto no art. 23, inciso II, alínea b, da Lei 8.666/1993, o qual corresponde a R\$ 3.300.000,00 (atualizado pelo Decreto 9.412/2018). Por eliminação, se considerarmos apenas as previsões da Lei 8.666/1993, a venda de bens móveis que ultrapassem o referido valor, só poderia ser realizada por meio de licitação na modalidade concorrência, mas inexistente previsão expressa neste sentido.

No que tange a possibilidade e adequação da realização da licitação na modalidade pregão, tipo maior lance, a problemática se forma notadamente sobre o ângulo do princípio da legalidade, a partir da leitura do artigo 1º, da Lei 10.520/02 que diz se tratar de modalidade de licitação a ser utilizada para aquisição de bens e serviços comuns, nada fazendo constar sobre alienação. Além disso, segundo disposição do art. 6º do Decreto 5.450/2005 - que regulamenta o pregão eletrônico - “A licitação na modalidade de pregão, na forma eletrônica, não se aplica às contratações de obras de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral”. Essa é a base para que a utilização do pregão para venda de bens móveis, ainda que comuns, por vezes tenha sido apontada como ilegal, sob o argumento de que estaria a administração pública inovando ao usar referida modalidade, a qual seria de uso restrito para os casos de compra.

A Lei n. 10.520/02 só permite o uso do pregão para a aquisição, ficando implicitamente vedado o uso dessa modalidade para alienação. A vedação ainda é reforçada pela própria natureza do pregão, em que se busca a proposta de menor preço, enquanto na alienação a proposta mais vantajosa é a de maior preço. (JACOBY, 2003, P. 419).

De fato, a Lei n. 8.666/1993, em seu artigo 22 define as modalidades licitatórias e, na forma do parágrafo 8º, veda a criação de novas modalidades ou a combinação das modalidades previstas nos incisos I a V. Porém, referida regra é objeto de contestação por parte da doutrina, como a exemplo de Marçal Justen Filho, que ao discorrer sobre a previsão do § 8º do artigo 22 da Lei 8.666/1993 assevera:

Insiste-se em reafirmar, nesse ponto, que a regra do § 8º deve ser interpretada em termos. Nada impede que a Administração produza modalidades inovadoras, inclusive combinando soluções procedimentais, para a promoção de contratos não abrangidos no âmbito específico da Lei nº 8.666. (2012, p. 303)

Da mesma forma no Tribunal de Contas da União a posição firmada a respeito da disposição do § 8º do artigo 22 da Lei 8.666/1993 é no sentido de reconhecer a necessidade de flexibilização na interpretação da referida vedação, como forma de evitar problemas uma vez que a interpretação literal importaria a existência de regulamentação específica para cada tipo de contratação realizada pela administração pública. Conforme trecho que segue do Acórdão 3.042/2008 – Plenário, a construção de novas formas de contratação está na margem de atuação discricionária do gestor público:

Não se exige que a Administração pratique apenas contratações nominadas, explicitamente disciplinadas por lei. Adotar essa tese conduziria, aliás, a gravíssimos problemas. Ter-se-ia de localizar um modelo legislativo para todas as contratações praticadas pela Administração, o que se transformaria em obstáculo invencível em inúmeros casos práticos.

Um exemplo permitiria compreender a dificuldade. Até há poucos anos, inexistia tipificação legislativa para o contrato de concessão de serviço público. Nunca se imaginou, no entanto, que tanto importaria a impossibilidade de delegação de serviço público a particulares por via dessa figura.

Ou seja, **a competência discricionária propicia a construção de novas figuras contratuais, as quais vão sendo incorporadas ao acervo jurídico do Direito Administrativo mediante seu refinamento pela prática concreta.**

(Grifo nosso) (BRASIL, 2008).

Diante do exposto, em que pese a indicação legal a respeito da realização das alienações por meio de leilão, não há precisão legislativa a respeito. Ademais, tanto com base na posição firmada pela Corte de Contas, como pela incidência do princípio do formalismo moderado, é necessário analisar a questão à luz dos princípios de direito administrativo.

3. A adequação da licitação na modalidade pregão para venda de bens móveis

Observa-se ao longo do tempo uma importante progressão do uso da modalidade pregão, que foi concebido com a promessa de ser a modalidade de licitação que tornaria os processos, entre outras coisas, mais ágeis, eficientes, transparentes, isonômicos e competitivos. São os princípios que em regra sustentam a ampliação do uso da modalidade de licitação que apresenta inúmeras vantagens quando compara com as tradicionais modalidades da Lei nº 8.666/1993.

O princípio da isonomia está ligado ao tratamento igualitário entre os licitantes, visando a ampla participação, sem discriminação, de todos os interessados devidamente habilitados, evitando, dessa forma, possíveis favoritismos pelos entes públicos. Nesse sentido, Meirelles (2004, p. 268) assevera que

A igualdade entre os licitantes é princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, quer através de cláusulas que, no edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, que desigule os iguais ou iguale os desiguais (art. 3º, §1º). O desatendimento a esse princípio constitui a forma mais insidiosa de desvio de poder, com que a Administração quebra a isonomia entre os licitantes, razão pela qual o Judiciário tem anulado editais e julgamentos em que se descobre a perseguição ou o favoritismo administrativo, sem nenhum objetivo ou vantagem de interesse público.

Ao transpormos essa concepção ao âmbito do pregão, notadamente este se apresenta como modalidade que melhor consegue possibilitar a ampla participação de interessados, quanto mais em sua forma eletrônica. É cediço que a participação mediante sistema eletrônico possibilita a apresentação de lances por licitantes sediados em qualquer dos estados da federação, sem implicar em custos de viagens, estadias e demais deslocamentos.

O tratamento isonômico, que possibilita maior participação de licitantes desborda na possibilidade de maior economia efetiva ao ente público. Quanto mais ampliada a possibilidade de participação, maior a incidência de lances e – portanto – mais vantajoso o resultado do certame.

A vantagem à Administração é princípio cogente e objetivo último dos certames, conforme Marçal Justen Filho (2012, p. 236):

[...] é imperioso avaliar a relevância do conteúdo da exigência. Não é incomum constar do edital que o descumprimento a qualquer exigência formal acarretará a nulidade da proposta. A aplicação dessa regra tem de ser temperada pelo princípio da razoabilidade. É necessário ponderar os interesses existentes e evitar resultados que, a pretexto de tutelar o interesse público de cumprir o edital, produza-se a eliminação de propostas vantajosas para os cofres públicos.

Jessé Torres Pereira Júnior (2007, p. 60) entende a vantajosidade como fim essencial do processo licitatório, entendendo pela ilegalidade do procedimento, quando este não visar a proposta mais vantajosa:

Selecionar a proposta mais vantajosa é, a um só tempo, o fim de interesse público que se quer alcançar em toda a licitação (sentido amplo) e o resultado que busca em cada licitação (sentido estrito). Licitação que não instigue a competição, para dela surtir a proposta mais vantajosa, descumpra sua finalidade legal e institucional, impondo-se à autoridade competente invalidá-lo por vício de ilegalidade, a par de apurar responsabilidades administrativa e penal por desvio de poder, caracterizado que houver sido ato de improbidade administrativa [...]

Além de propiciar a ampla participação, evitando a discriminação de licitantes, bem como possibilitando a amplitude da busca da proposta mais vantajosa, o pregão também se mostra como procedimento mais célere, quando comparado às modalidades tradicionais. Notadamente a contagem dos prazos em oito dias para qualquer valor estimado reduz, significativamente o tempo de processamento. Além disso, a inversão de fases propicia a análise somente da documentação do licitante vencedor, evitando o dispêndio de servidores em analisar documentação de propostas que não serão efetivamente contratadas. Tudo isso propicia eficiência no processamento licitatório, o que além de privilegiar interesse público, amplia o escopo de controle judicial:

Nos países como o nosso, onde a jurisprudência impõe restrições à análise judicial do ato discricionário, não só a participação do particular na formação da vontade estatal deve ser acentuada, de forma a compensar o bloqueio imposto pelos tribunais para a revisão do mérito da decisão administrativa discricionária, como eficiência ou ineficiência das decisões da Administração admitem, se não uma ampla possibilidade de controle judicial, ao menos um controle quanto à proporcionalidade do ato em face de outros parâmetros existentes no ordenamento jurídico, como, aliás, é expresso o art. 2º, parágrafo único, inciso VI, da lei federal. Dessa forma, a enunciação constitucional do princípio da eficiência amplia o controle judicial dos atos da Administração Pública. As leis de procedimento administrativo tornam referido princípio mais operacional, isto é, ele pode ser manuseado pelos particulares e pelo Judiciário para proteção das liberdades individuais perante o Poder Público (BUENO, 2001, p. 89)

A progressão do uso do pregão como modalidade de licitação para além das aquisições de bens e serviços comuns pode ser observada na jurisprudência do Tribunal de Contas da União.

Em 2008 em resposta à Consulta formulada pelo Ministro de Estado da Previdência Social, que teve como objeto verificar a possibilidade de realização de licitação na modalidade pregão, tipo maior preço, para a prestação de serviços bancários concernentes à folha de

benefícios da previdência social, o Plenário da Corte de Contas decidiu pela viabilidade de uso do pregão no caso concreto, como medida de caráter excepcional, cuja justificativa adveio do relevante interesse público da utilização da referida modalidade naquele caso, vislumbrado como instrumento que possibilitava atingir os objetivos do ente público, “como mecanismo concretizador do princípio licitatório da seleção da oferta mais vantajosa para a Administração”. (BRASIL, 2008).

Na análise objeto do Acórdão observa-se que o entendimento geral era de inadmissibilidade de realização de pregão para alienação de bens, cuja exceção foi entendida como admissível com base em princípios que regem o agir do administrador público, conforme se observa nos trechos a seguir destacados:

Inicialmente, cabe assinalar a inviabilidade jurídica de se realizar uma alienação por meio da modalidade do Pregão. A Lei nº 8.666/93, em seu art. 17, prevê uma série de formas de alienação de bens móveis e imóveis da Administração, tais como a dação em pagamento, investidura, doação, legitimação de posse, além da previsão da modalidade Leilão (art. 17, §6º) especificamente para alienação de bens móveis cujo valor for inferior ao limite do art. 23, inciso II, alínea "b" do citado diploma.

(...) deve-se interpretar a norma jurídica tendo em mente sua finalidade principiológica. No ramo das licitações públicas, temos como um dos princípios basilares, inscrito no art. 3º da Lei de Licitações, o da busca pela proposta mais vantajosa para a Administração. Essa orientação decorre dos princípios da eficiência, economicidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público, emanados da Constituição Federal e da teoria do Direito Administrativo.

(...) Tendo em vista as considerações feitas sobre o tema, conclui-se que a adoção, por um ente público, de critério de julgamento de propostas não previsto na legislação do Pregão somente seria admissível, em princípio, em caráter excepcional, tendo em vista o relevante interesse público da aplicação deste critério alternativo para o atingimento dos objetivos institucionais do ente e como mecanismo concretizador do princípio licitatório da seleção da oferta mais vantajosa para a Administração. (BRASIL, 2008).

Uma das peculiaridades da modalidade que lhe conferem o potencial de gerar a proposta mais vantajosa está no seu uso eletrônico, ao possibilitar a participação à distância, aumentando com isso o número de participantes, e conseqüentemente a competitividade, forçando assim a apresentação de propostas mais vantajosas. Como pontua Marcelo de Freitas e José Manuel Santos de Varge Maldonado o pregão

representa uma grande inovação na Administração Pública, pela utilização de ferramentas de tecnologia da informação, que possibilitam a comunicação a distância, proporcionando maior agilidade e transparência aos procedimentos, ampliação do conjunto de interessados em fornecer e contratar com a União, maior competitividade e, conseqüentemente, menores custos, além da redução da possibilidade de formação de conluíus e cartéis (FREITAS; MALDONADO, 2013, p. 1278)

No mesmo sentido é o entendimento de Marçal Justen Filho (2012, p. 61):

A vantagem caracteriza-se como a adequação e satisfação do interesse coletivo por via execução do contrato. A maior vantagem possível configura-se pela conjugação de dois aspectos inter-relacionados. Um dos ângulos relaciona-se com a prestação a ser executada por parte da Administração; o outro valor vincula-se à prestação a cargo do particular. A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se portanto, uma relação custo-benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração.

Diante disso, a eleição da proposta mais vantajosa deve observar o binômio de menor oneração ao ente público e melhor prestação contratual pelo ente privado. Aplicando tal entendimento à esfera das alienações, a desoneração do ente público consiste, justamente, no menor dispêndio no processamento do certame, vez que não haverá prestação de serviços pelo ente Privado, mas sim o pagamento de quantia certa em contraprestação do bem alienado. Atendendo a essa desoneração, o pregão, na forma eletrônica, propicia maior vantagem à administração, ao passo que envolve menos horas de trabalho dos servidores – tantos pelos prazos e pela simplicidade na análise das documentações – como pela desnecessidade de realização de sessão pública presencial.

A posição do Tribunal de Contas da União evolui no sentido de interpretar como adequada utilização da modalidade pregão, tipo maior lance, para fins de alienações. Em decisão proferida em 2010 em sede de representação por meio da qual foi arguida ilegalidade do processo licitatório realizado por meio de pregão, tendo como objeto a concessão de espaço comercial em aeroporto, observa-se importante avanço sintetizada na seguinte expressão: “É plenamente legal a utilização da modalidade pregão para licitação destinada à outorga de concessões de uso de áreas comerciais em aeroportos” (BRASIL, 2010).

No caso em concreto é de se destacar que as contratações da INFRAERO são reguladas por normativa própria, aprovada pela Portaria Normativa nº 935/1999 do Ministério de Defesa, na qual há previsão expressa para utilização do pregão para as licitações de concessão de uso de áreas dos aeroportos. Essa particularidade fragilizou o argumento de falta de previsão legal, como se pode observar em trecho do voto proferido pelo Relator Ministro do Tribunal de Constas da União Walton Alencar Rodrigues:

No caso concreto, a licitação na modalidade pregão, com critério de julgamento na maior oferta, não constitui utilização de critério de julgamento não previsto por lei, mas, sim, a utilização do critério legalmente estabelecido e plenamente adequado ao objeto do certame, com a utilização do instrumento legal mais especialmente pertinente para os objetivos da Administração (BRASIL, 2010).

Contudo, observa-se nos argumentos apresentados pelo Ministro Relator que a existência de normativa específica não foi fator determinante para a decisão que reconheceu a conformidade do certamente realizado por meio de pregão. Em seu voto descreve a modalidade como: “instrumento, talhado à perfeição para a finalidade de concessão de uso de áreas comerciais. Aliás, todas as normas legais, atinentes ao pregão, permitem sua geral utilização para as finalidades de todos os órgãos da Administração Pública” (BRASIL, 2010).

Gerir a coisa pública é tarefa de grande complexidade e amplamente regulada, a começar pelas disposições constitucionais que fixam princípios a serem observados como os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência previstos expressamente no art. 37 *caput*. Na mesma linha, a Lei nº 9.784/1999, a qual regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, prevê uma relação de princípios administrativos específicos: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

No voto que embasou a decisão do Tribunal de Contas são destacados como fundamentos da decisão a invocação de princípios como o interesse público, isonomia, eficiência, moralidade que fazem da modalidade pregão mais adequada em detrimento das previstas na Lei nº 8.666/1993. Vejamos parte do voto que sintetiza essa visão:

É desnecessário repetir aqui, novamente, as inúmeras vantagens comparativas da modalidade pregão para a Administração Pública em termos de proporcionar maior eficiência, transparência e competitividade. Assim, sob a ótica da consecução do interesse público, os procedimentos licitatórios adotados pela Infraero para a concessão de uso de áreas aeroportuárias se mostram especialmente louváveis, porque **concretizam os princípios da eficiência, isonomia, impessoalidade, moralidade**, dentre outros (BRASIL, 2010) (grifo nosso).

Desde a promulgação da Constituição Federal, elevada à condição de norma suprema, o império da lei na condução dos atos administrativos precisou ser revisto. A Carta política ao estabelecer princípios a serem obedecidos pela Administração Pública elencou, na forma do artigo 37 supra transcrito, vários princípios, dentre eles o da legalidade. Conforme destaca Gustavo Binenbojm a “ideia de *juridicidade administrativa*” ganhou uma nova configuração, cuja interpretação se dá a partir “dos princípios e regras constitucionais”, contexto em que a “legalidade administrativa” ocupa a posição de um dentre outros princípios, deixando de ser “altaneiro e soberano como outrora” (2008, p. 37/38).

A constitucionalização da administração pública criou novas possibilidades e obrigações para a gestão pública, em regra prevalece o critério de agir conforme a lei, mas

possibilitou novas configurações baseadas nos princípios, que podem amparar condutas “além da lei”, e, até mesmo, “contra a lei”, sustentadas no poder/dever de otimização da aplicação das normas constitucionais. A base interpretativa da juridicidade administrativa, na concepção defendida por administrativistas como Gustavo Binbenbajm (2008, p. 37/38) passou a ter a seguinte configuração:

(...) a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundo legem*); (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro em uma ponderação da legalidade com os princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento em uma otimizada aplicação da Constituição).

Nesse sentido, devem as decisões administrativas serem motivadas, a fim de viabilizarem o controle e a transparência de seus atos. Está é a lição de Romeu Felipe Bacellar Filho (1998, p. 192):

a obrigação de motivar configura a melhor garantia para o cidadão porque leva a Administração a externar as causas da própria determinação. A motivação expressa transparência e clareza e impõe à Administração a ponderação no seu agir, obstaculizando justificações fundadas a partir de incertezas ou elucubrações interpretativas.

Em complemento, Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 112) assevera que

A motivação deve ser prévia ou contemporânea à expedição do ato. Em algumas hipóteses de atos vinculados, isto é, naqueles em que há aplicação quase automática da lei, por não existir campo para interferência de juízos subjetivos do administrador, a simples menção do fato e da regra de Direito aplicada pode ser suficiente, por estar implícita a motivação. Naqueles outros, todavia, em que existe discricionariedade administrativa ou em que a prática do ato vinculado depende de aturada apreciação e sopesamento dos fatos e das regras jurídicas em causa, é imprescindível motivação detalhada. É o que sucede, por exemplo, na tomada de decisões em procedimentos nos quais exista uma situação contenciosa, como no chamado processo administrativo disciplinar. Idem em certos procedimentos em que vários interessados concorrem a um mesmo objeto, como nas licitações.

Dessa forma, quando o ato não é vinculado, a Administração deve motivar, de maneira contundente, suas decisões. Tudo isso implica dizer que mesmo seguindo preceitos normativos, a interpretação e a discricionariedade administrativas devem levar em conta o arcabouço principiológico que, ao fim e ao cabo, visa a satisfação do interesse público.

Nesse sentido, imperioso destacar que com o advento da Emenda Constitucional n. 19, o princípio da eficiência se elevou à condição de princípio constitucional, devidamente consagrado no art. 37 da Constituição da República. Com a elevação constitucional do referido

princípio este deve ser equilibrado com os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade, ao passo que é fundamental que o Poder Público escolha os meios mais adequados para satisfazer amplamente as necessidades coletivas, ou seja, é preciso ser eficiente para concretizar o interesse público, a base de toda ação administrativa.

Diante da constitucionalidade do referido princípio, novos standards de conduta e de decisão se apresentam ao gestor público. O planejamento, a execução, e depois os mecanismos de controles preventivos e repressivos em relação ao desempenho da função administrativa, são etapas de uma esteira produtiva que, ao final, precisa realizar o interesse público, o que significa melhorar a vida das pessoas (MELO, 2011, p. 66). Assim, os demais princípios de direito administrativo, após a edição da referida emenda, devem ser lidos sempre a luz do objetivo final, que é a eficiência.

Assim, a eficiência dos procedimentos é o fim próprio dos atos administrativos. Dessa forma, a pretensão administrativa deverá ser alcançada de forma eficiente, por meio de procedimentos céleres, transparentes e isonômicos.

Nesse sentido, impende ressaltar que uma das características do pregão que confere maior eficiência é a maior celeridade do processo licitatório, resultante da inversão e concentração das fases, mediante a realização da disputa (proposta comercial) e exame da documentação apenas da licitante classificada em primeiro lugar (habilitação). Outra característica que também contribui para o resultado mais eficiente advém da disputa, ou seja, da fase de lances que possibilita aos licitantes melhorarem progressivamente suas propostas, característica diretamente relacionada a economicidade. Além disso os prazos são inferiores e os recursos concentrados. Nas palavras de Ivan Barbosa Rigolin e Marco Tullio Bottino:

Dentre outros sonhos dos – repita-se: honestos – profissionais da licitação que o pregão materializou está a abreviação de todos os prazos envolvidos no certame, alvissareira novidade que racionaliza todo o trabalho por encurtar o tempo de gaveta dos expedientes, exigido tradicionalmente na L. 8.666 para proveito não se imagina de quem, pois que ninguém, idôneo e racional, pode interessar fazer um edital aguardar 45 (quarenta e cinco) dias engavetado à espera do início do certame, como nas concorrências do tipo da técnica e preço. (2005, p. 455).

A modalidade pregão, notadamente quando utilizada na sua forma eletrônica, ao promover maior competitividade, publicidade e transparência, apresenta dentre seus efeitos a relevante contribuição de combater a corrupção. Conforme resalta Marcelo de Freitas, as peculiaridades do procedimento, “na medida em que dificultam a formação de cartéis e outros artifícios de que as empresas se utilizam para burlar a competitividade dos procedimentos

licitatórios” faz com que o pregão seja “considerado, portanto, uma importante ferramenta no combate à corrupção nas compras públicas”, (FREITAS; MALDONADO, 2013, p. 1271).

Por fim é de destacar que o Tribunal de Contas, por meio do Acórdão 2844/2010 – Plenário, não apenas afirma a adequação do uso do pregão como modalidade licitatória, como recomenda à INFRAERO a mudança da forma da licitação de presencial para eletrônica, nos termos que segue:

A adoção do critério de julgamento pela maior oferta, em lances sucessivos, nada mais é que a adequada aplicação da lei ao caso concreto, ajustando-a à natureza do objeto do certame, restando assegurada a escolha da proposta mais vantajosa que, conjuntamente com a isonomia de todos os interessados, constituem as finalidades primeiras de todo procedimento licitatório.

Para a concretização dos imperativos constitucionais da isonomia e da melhor proposta para a Administração, a Infraero deve evoluir dos pregões presenciais, para a modalidade totalmente eletrônica, que dispensa a participação física e o contato entre os interessados (BRASIL, 2010).

Em Auditoria Operacional realizada no ano de 2014 o Tribunal de Contas da União determinou à Companhia de Entrepostos e Armazéns Gerais de São Paulo a utilização da modalidade de licitação pregão eletrônico “nas futuras licitações para concessão remunerada de uso de áreas de comercialização do Entrepasto do Terminal de São Paulo” (BRASIL, 2014).

No âmbito do Poder Judiciário a matéria ainda é objeto de divergência como será observado no estudo de caso que integra esse trabalho. Contudo, oportuno trazer nesse contexto decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em que é privilegiada a interpretação conforme os princípios que regem as contratações públicas, restando reconhecida a possibilidade de utilização da modalidade pregão em detrimento do leilão conforme segue:

A autorização para que possa a Administração se valer do pregão consta na Constituição Federal (princípio da eficiência) e na legislação de regência (princípios da isonomia, da competitividade, da seleção da proposta mais vantajosa, da menor onerosidade, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo). (BRASIL, 2012).

No julgamento em questão, que versa sobre concessão de imóveis, a Relatora enfrenta a questão de existência ou não de incompatibilidade entre as disposições da Lei nº 8.666/1993 e as normativas que regem a modalidade pregão, afirmando inexistir esse problema por serem ambas leis especiais, e, segundo o “critério temporal” a Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002) é mais recente e estabelece que a aplicação da Lei geral de Licitações é subsidiária, de tal modo, se o bem for comum a modalidade adequada será, segundo a magistrada, o pregão, observando assim maior eficácia e adequação ao princípio da eficiência. Vejamos:

O ordenamento jurídico não há de ser compreendido de forma compartimentada. As aparentes incompatibilidades entre normas e preceitos são facilmente solucionáveis mediante aplicação de critérios de solução de antinomias, propostos pelo saudoso jurista italiano Norberto Bobbio, em seu Teoria do Ordenamento Jurídico. O pregão, por conseguinte, não é incompatível com as demais modalidades licitatórias objeto da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, principalmente a concessão e a tomada de preços. Ambas são leis ordinárias e especiais (critérios da hierarquia e da especialidade) frente às demais que tratam da formalização de contratos administrativos. A Lei nº 10.520/2002 é, ainda, posterior a Lei nº 8.666/93 (critério temporal), estabelecendo ser subsidiária a aplicação da última em relação a primeira. Em consequência, ostentando comum natureza o objeto do certame, a eficácia que se intenta conferir ao princípio da eficiência da Administração recomenda seja tal licitação implementada via pregão em detrimento das tradicionais modalidades. (BRASIL, 2012).

Importante ter presente, como destaca Marçal Justen Filho (2012, p. 271), que no caso das disposições da Lei nº 8.666/1993 há previsão específica sobre a modalidade de licitação a ser adotada no caso de licitação de bens imóveis, enquanto que em relação aos bens móveis prevê apenas a necessidade de licitação, sem definir a modalidade. O autor pontua, ainda, que a regra a ser observada é a da livre “participação de interessados na licitação para alienação de bens”, cujo critério norteador deverá ser o de “maior preço”. Assim, ante a ausência de definição de modalidade específica por parte da Lei de Licitações e as vantagens da utilização do pregão consubstanciadas em princípios norteadores do agir do gestor público a falta de disposição específica nas normas do pregão não inviabilizam sua utilização.

4. Estudo de caso: venda de bens móveis por meio de pregão eletrônico objeto de representação e manifestação de conformidade por parte do TCU

Apesar de existir sólida posição no Tribunal de Contas da União favorável a utilização da modalidade pregão para a realização de licitações que tenham como o objeto a concessão de uso, a adoção da modalidade para alienação de bens móveis por meio de pregão na sua forma eletrônica foi objeto de irrisignação e propositura de representação perante o Tribunal de Contas da União no ano de 2017.

A Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica – CGTEE promoveu processo licitatório na modalidade pregão eletrônico – CGTEE.SEDE.0355.2017 - tendo como objeto a alienação de cinza pozolânica - subproduto do processo de queima industrial do carvão – e sulfito – subproduto resultantes da hidratação da cal virgem utilizada do processo de dessulfurização dos gases provenientes da queima do carvão.

Referido certame foi objeto de impugnação e posteriormente, de representação interposta pelo Sindicato de Serviços em Concretagem do Estado do Rio Grande do Sul, tendo

como objeto arguir e buscar o reconhecimento de ilegalidade da licitação fundamentada na impossibilidade do uso da modalidade pregão, na forma eletrônica, tipo maior preço por lote, sob o argumento de que o objeto da licitação não se enquadra nas disposições normativas que regulam o pregão, sustentando a necessidade de promoção do certame na modalidade concorrência, seguindo disposições da Lei 8.666/1993.

Além das medidas de caráter administrativo, o referido Sindicato ingressou em juízo com Mandado de Segurança – Processo 9028833-17.2017.8.21.0001, 1ª Vara da Fazenda Pública em Porto Alegre – cujos argumentos apresentados foram os mesmos levados ao Tribunal de Contas.

Por ocasião da análise da impugnação apresentada a Companhia reafirmou posicionamento adotado baseada em parecer jurídico que precedeu a publicação da licitação, por meio do qual foi sustentada a possibilidade jurídica de realização da licitação na modalidade pregão e a conformidade do edital com as normativas que regulam os processos licitatórios.

Na análise do edital, assim como da impugnação, a posição adotada e mantida de promoção da licitação por meio de pregão, maior lance por lote, foi fundamentada em princípios aplicáveis aos processos licitatórios, os quais devem ser observados pelo gestor público; bem como nas decisões do Tribunal de Contas que se mostravam favorável a realização de licitações, tipo maior lance, por meio de pregão.

O Poder Judiciário concedeu a liminar pleiteada nos autos do mandado de segurança determinando a suspensão do certame por entender que a modalidade pregão se destina para a aquisição de bens e serviços comuns e não poderia ser utilizada em processos de alienação de bens, sob pena de estar inovando ou contrariando o ordenamento jurídico. Parte da decisão abaixo demonstra os fundamentos da decisão:

O Edital possui vício, passível de conduzir à sua anulação. Não poderia utilizar-se da modalidade de Pregão, em sua forma eletrônica, regido pela Lei nº 10.520/2002 e pelo Decreto nº 5450/2005, para conduzir procedimento de alienação de bens. A Lei nº 10.520/2002, quando define a aplicação da modalidade de pregão, estatui: *Equot; Art.1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei. Equot; O Administrador está vinculado à lei: a modalidade de pregão, na forma eletrônica, destina-se à aquisição de bens e serviços comuns. Na falta de previsão, não pode o Administrador inovar ou contrariar a disposição da lei, utilizando um instituto que foi moldado para aquisição de bens, para finalidade diversa, ou seja, alienação de bens (BRASIL, 2017b).*

A decisão em questão foi mantida na sentença, nos mesmos termos da concessão da liminar. Oposta foi a manifestação da Corte de Contas, a qual, ante a representação que buscava o reconhecimento de irregularidade no certame e a intervenção no sentido de interromper a

licitação em curso, exarou decisão no sentido de considerar improcedente a representação e indeferir a cautelar por reconhecer a conformidade da licitação com o ordenamento jurídico conforme pronunciamento da 2ª Diretoria Técnica:

(...) tal como constou no Memorando PRJ 199/2017 (peça1, p. 56), que subsidiou o indeferimento do pedido de impugnação do edital feito pelo representante, a jurisprudência do TCU entende que, no caso de alienações de bens comuns, é possível a utilização da modalidade de licitação pregão em detrimento das modalidades previstas na Lei 8666/1933, consubstanciado em princípios como o da eficiência, da isonomia, da competitividade, da seleção da proposta mais vantajosa, da menor onerosidade, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo. (BRASIL, 2017a).

Observa-se que o Tribunal de Contas da União ao afirmar que é possível a utilização da modalidade pregão para a alienação de bens comuns adota um critério estabelecido na própria lei que é a definição da modalidade a partir do tipo de bem, de modo que se o bem for comum a modalidade adequada para realização de licitação é o pregão, preferencialmente na sua forma eletrônica.

A Lei nº 10.520/2002, na forma do parágrafo único do artigo 1º, traz o conceito legal de bens e serviços comuns para fins de pregão dispondo que: “considera-se bens e serviços comuns, para 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”.

O que defini um bem como comum ou incomum é tema há muito debatido na Corte de Contas e firmado entendimento de que o bem será comum quando:

O administrador público, ao analisar se o objeto do pregão enquadra-se no conceito de bem ou serviço comum, deverá considerar dois fatores: os padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos no edital? As especificações estabelecidas são usuais no mercado? Se esses dois requisitos forem atendidos o bem ou serviço poderá ser licitado na modalidade pregão. (BRASIL, 2004).

Seguindo a linha da Corte de Constas, pode-se sustentar que as licitações que tenham como objeto a alienação de bens móveis comuns, não apenas podem, e sim, devem ser realizadas na modalidade pregão preferencialmente na sua forma eletrônica.

Considerações Finais

A modalidade de licitação pregão, que ao longo dos anos vem demonstrando inúmeras vantagens quando comparada com as relacionadas na Lei n. 8.666/1993, vem ganhando espaço em detrimento das modalidades tradicionais. Observa-se na doutrina e na jurisprudência,

notadamente nas decisões do Tribunal de Contas da União um esforço na construção e sustentação da adequação jurídica do uso do pregão nos processos que estão além da aquisição de bens e serviços comuns.

Essa evolução do uso da modalidade foi construída sobre base principiológica, mediante a invocação de princípios como o da eficiência, economicidade, transparência, isonomia, competitividade, do julgamento objetivo, proposta mais vantajosa, menor onerosidade entre outros. Foi mediante a análise de casos concretos, confrontados com os princípios que regem a conduta do gestor público, que paulatinamente o uso do pregão foi sendo expandido para além das aquisições de bens e serviços comuns, evoluindo na realização de licitações de concessões de espaços públicos, culminando com a manifestação do Tribunal de Contas da União de que a alienações de bens móveis comuns podem ser efetivadas por meio de pregão em detrimento das modalidades elencadas na Lei nº 8.666/1993.

Como ressalta Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o direito “*não prescindir de princípios*, como proposições que lhe conferem *coerência epistemológica e unidade sistemáticas*, qualidades imprescindíveis para que qualquer conjunto de conhecimentos integrado adquira o *status científico*” (2009, p. 77). Ao abordar a importância dos princípios para o direito administrativo o autor chama atenção para o fato de que os princípios, assim como as leis, são normas, sendo estas “inferidas” da “realidade” e aqueles “da idealidade”, ou seja, “são normas do ser ou normas do dever ser” (2009, p. 78).

Assim, consubstanciado exclusivamente nos princípios que regem as contratações públicas e norteiam as condutas dos gestores, o uso da modalidade pregão foi avançando em detrimento das modalidades tradicionais, restando um leque muito pequeno de objetos que devam necessariamente ser licitados por meio das modalidades antigas. A partir do uso em situações concretas e da construção jurisprudencial, especialmente do Tribunal de Contas da União, estabeleceu-se uma interpretação sólida que agrega segurança jurídica para utilização de modalidade de licitação mais favorável a administração pública em diversos aspectos.

Referências Bibliográficas

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. Max Limonad, SP, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27º ed., revista atualizada até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010, São Paulo, Malheiros Editores, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 3042/2008**. Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes, Sessão 10/12/2008. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A3042%2520ANOACORDAO%253A2008/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 04 Set. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2844/2010 (ata 40/2010)**. Plenário. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues, Sessão 27/10/2010. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2844%2520ANOACORDAO%253A2010/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 03 set. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 9510/2017 - Pronunciamento da 2ª Diretoria Técnico**. 2ª Câmara. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Sessão 31/10/2017a. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A9510%2520ANOACORDAO%253A2017/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 03 set. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 313/2004 - ata 09/2004** – Relatório. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Sessão 24/03/2004. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A313%2520ANOACORDAO%253A2004/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 04 Set. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2050/2014**. Plenário. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão 06/08/2014. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2050%2520ANOACORDAO%253A2014/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 04 Set. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 357/2015**. Plenário. Relator: Ministro Bruno Dantas. Sessão: 4/3/2015. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqC atalogado=8539396>>. Acesso em: 08 Set. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 505/2018**. Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes. Sessão 14/03/2018. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A505%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%2520C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc/false/1>>. Acesso em 08 Set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Mandado de Segurança nº9028833-17.2017.8.21.0001**. Sentença da 1ª Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre. Impetrante: Sindicato das Empresas de Serviços de Concretagem do Estado do RS. Impetrado: Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica – CGTEE. Julgadora: Juíza

Vera Regina Cornelius da Rocha Moraes. Data da Sentença: 30/08/2017b. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em 08 Set. 2018.

_____. Tribunal Regional da 4ª Região. **Apelação nº 5029190-28.2011.404.7100/RS**, Apelante: Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO Apelada: Mabela Comercio de Gêneros Alimentícios LTDA. Relatora Juíza Federal Loraci Flores de Lima. Data do julgamento 21/06/2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=5036095>. Acesso em: 04 Set. 2018.

BUENO, Vera Scarpinella. Devido Processo Legal e a Administração Pública no Direito Administrativo Norte-Americano: uma breve comparação com o caso brasileiro. *In.*: **Devido processo legal na administração pública**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de Registro de Preços e Pregão**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003.

FREITAS, Marcelo de; MALDONADO, José Manuel Santos de Varge. O pregão eletrônico e as contratações de serviços contínuos. **Rev. Adm. Pública**. Rio de Janeiro, v.47, n. 5 set./out. 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico**. 4ª ed., São Paulo: Dialética, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 9.ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17.ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELO, Cristina Andrade. As organizações sociais e as Quase autonomous non governmental organizations (Quangos) da Grã-Bretanha: uma fuga para o direito privado. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v. 79, n. 2, p. 65-68, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Maraco Túllio. **Manual Prático de Licitações e Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2005.