



CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
CURSO DE DIREITO

RENATO EVANGELISTA DOS SANTOS

**PREGÃO PRESENCIAL E ELETRÔNICO: análise do
instituto quanto à celeridade e transparência nos
processos licitatórios.**

CAMPINA GRANDE – PB

2011

RENATO EVANGELISTA DOS SANTOS

**PREGÃO PRESENCIAL E ELETRÔNICO: análise do
instituto quanto à celeridade e transparência nos
processos licitatórios.**

Monografia, apresentada ao Curso de
Direito da Universidade Estadual da Paraíba
– UEPB, como requisito para obtenção do
título de bacharel Direito.

Prof^a. Dra. Flávia de Paiva Medeiros de
Oliveira

CAMPINA GRANDE – PB

2011

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

S237p

Santos, Renato Evangelista dos.

Pregão presencial e eletrônico [manuscrito]: análise do instituto quanto à celeridade e transparência nos processos licitatórios / Renato Evangelista dos Santos.– 2011.

63 f.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2011.

“Orientação: Profa. Dra. Flávia de Paiva Medeiros de Oliveira, Departamento de Direito Privado”.

1. Licitação 2. Pregão presencial 3. Pregão eletrônico I.
Título.

21. ed. CDD 352.85

RENATO EVANGELISTA DOS SANTOS

**PREGÃO PRESENCIAL E ELETRÔNICO: análise do
instituto quanto à celeridade e transparência nos
processos licitatórios.**

Monografia, apresentada ao Curso de
Direito da Universidade Estadual da Paraíba
– UEPB, como requisito para obtenção do
título de bacharel em Direito.

Data de defesa: 09 de Novembro de 2011.

Aprovado em 09/11 /2011

Banca Examinadora:

Flávia de Paiva
Prof^a. DOUTORA FLÁVIA DE PAIVA MEDEIROS DE OLIVEIRA
ORIENTADORA - UEPB

Paula
Prof^a DOUTORA PAULA CHRISTIANNE DA COSTA NEWTON
EXAMINADORA - UEPB

Demetrius
Prof^o MESTRE DEMETRIUS ALMEIDA LEÃO
EXAMINADOR - UEPB

A todos os estudiosos que buscam nos caminhos do Direito Administrativo, possibilidades para uma sociedade mais justa e igualitária.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a DEUS pela força e inspiração a mim concedida a fim de buscar respostas as meus questionamentos e por tudo que me proporciona na vida e para a vida

À minha mãe Joana Luzia e meu pai Manoel Luis, os quais amo muito, pelo exemplo de vida e família, por nunca terem deixado de acreditar da minha capacidade de luta e me oferecerem oportunidades e condições para que eu conseguisse chegar até aqui.

Aos meus professores da UEPB, que sabiamente estigaram cada vez mais perguntas nesse universo de pesquisa do Direito Administrativo.

Por fim, aos meus amigos, que me ofereceram conforto e amizade, nos momentos em que longe de casa, precisei de boas e sinceras palavras.

É bom experimentar o sabor desta chegada, para que outras corridas possam ser iniciadas.

**“Quando o Direito ignora a realidade,
a realidade se vinga, ignorando o Direito.”**

Georges Ripert

RESUMO

Aborda-se as modalidades licitatórias, dentro do Direito Administrativo, a fim de comprovar que o instituto do pregão traz vantagens quanto a celeridade e a transparência, na aquisição específica de bens e serviços classificados na gestão pública como comuns. O foco deste estudo, dar-se pela modalidade denominada pregão, nas duas subespécies: pregão presencial e pregão eletrônico. Especial enfoque é dado às especificidades do pregão eletrônico, uma vez que este instituto por utilizar recursos da tecnologia de informação, oferece maior transparência aos atos de todo procedimento do processo licitatório, apresentando além de economicidade, competitividade, celeridade, simplificação e transparência, eficiência, princípio constitucional que deve ser garantido a coletividade na gestão dos recursos públicos. Fez-se necessário destacar o crescimento da Administração Eletrônica junto ao Direito Administrativo, ressaltando em virtude das particularidades dessa modalidade, o tratamento diferenciado oferecido às microempresas e empresas de pequeno porte, partindo-se da análise de procedimentos, até o registro das vantagens. Optou-se por utilizar uma metodologia de caráter exploratório e descritivo, possibilitando levar adiante uma investigação mais completa do tema ora exposto.

Palavras-chave: Licitação. Pregão. Pregão Presencial. Pregão Eletrônico.

ABSTRACT

This work treats about bidding modalities, from Administrative law. It intends to show that reverse auctions bring advantages in terms of celerity and transparency relative at purchase of goods and services classified as common by public management. It focuses on the two subspecies of reverse auction: in person and online. The work gives special attention on online reverse auction once this version offers greater transparency to all acts in the bidding proceedings. The online version also presents economy, competitiveness, celerity, simplicity and efficiency, this last one a constitutional principle which must be guaranteed for collectivity by the management of public funds. It is necessary to highlight the growing on the Electronic Management with the Administrative law, highlighting that thanks to the particularities of this version a special treatment is given to micro-enterprises and small businesses, since proceedings analyses until record of benefits. The chosen methodology is exploratory and descriptive what allows carry on the a more complete investigation of the subject.

Keywords: Bidding. Reverse auction. In person reverse auction. Online reverse auction.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	10
1	AS LICITAÇÕES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	15
	1.1 OS PRINCÍPIOS EXPRESSOS NA LEI	17
	1.1.1 Princípio da Moralidade e da Probidade Administrativa	17
	1.1.2 Princípio da Eficiência	18
	1.1.3 Princípio da Publicidade	18
	1.1.4 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório	18
	1.1.5 Princípio do Julgamento Objetivo das Propostas	19
	1.1.6 Princípio da Adjudicação Compulsória	19
	1.2 FASES DA LICITAÇÃO	20
	1.2.1 Publicação do Edital	21
	1.2.2 Habilitação	21
	1.2.3 Julgamento das Propostas	22
	1.2.4 Homologação	23
	1.2.5 Adjudicação	23
	1.3 MODALIDADES ANTERIORES AO PREGÃO	25
	1.3.1 Concorrência	25
	1.3.2 Tomada de Preços	26
	1.3.3 Convite	27
	1.3.4 Concurso	29
	1.3.5 Leilão	30
2	MODALIDADE PREGÃO	30
	2.1 ASPECTOS QUE NORTEIAM O PREGÃO NA FORMA PRESENCIAL E ELETRÔNICO	33
	2.2 PROCEDIMENTOS DO PREGÃO NA FORMA PRESENCIAL	34
	2.3 PROCEDIMENTOS DO PREGÃO ELETRÔNICO	40
	2.4 ESPECIFICIDADES EM RELAÇÃO ÀS DEMAIS MODALIDADES	44
	2.4.1 Modalidade com propósito de adquirir bens e serviços comuns	44
	2.4.2 Modalidade definida pelo menor preço	45
	2.4.3 Modalidade que prevê a contratação direta, caso seja considerado o pregão deserto	45
	2.5 ESPECIFICAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS COMUNS	46
3	AS NOVAS TECNOLOGIAS NOS CONTRATOS PÚBLICOS NA FORMA DE PREGÃO ELETRÔNICO	50
	3.1 A ADMINISTRAÇÃO ELETRÔNICA E O DIREITO ADMINISTRATIVO	51
	3.2 A TRANSPARÊNCIA E O CONTROLE DOS ATOS PRATICADOS NO PREGÃO ELETRÔNICO	53
4	VANTAGENS DO PREGÃO ELETRÔNICO PARA EFICÁCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	55
	4.1 O TRATAMENTO DIFERENCIADO DADO ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NO PREGÃO	57
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	60
	BIBLIOGRAFIA	62

INTRODUÇÃO

São inúmeras as mudanças sofridas nos últimos anos na Administração Pública no Brasil, a fim de promover um modelo gerencial menos burocrático e mais eficiente, para contratação de obras, compras ou serviços, buscando suprir as próprias necessidades ou as necessidades da coletividade.

As contratações desejadas pela Administração passam assim, a ser normatizadas por procedimentos constituídos por diversas fases, diversas etapas, que não podem ser alteradas, a fim de selecionar a proposta mais vantajosa para os interesses da coletividade. Esse processo de oferta e demanda, assinalado para gestão pública denominou-se através do Direito Administrativo de “licitação”. Os processos licitatórios são abertos a todos os interessados que se submetam as exigências do edital ou instrumento convocatório, que estabelece regras e procedimentos para contratação e celebração do contrato as partes. Extremamente relevante, a contratação do tipo licitação vem contornar as possibilidades de riscos dentro de um conjunto de termos expressamente previstos no edital.

No Brasil o processo licitatório sofreu várias transformações e foi introduzido no Direito Público pelo Decreto nº 2.926/1862, que regulamentava as compras e alienações. Outras legislações complementaram os processos licitatórios, se estruturando dentro do âmbito federal com o Decreto nº 4.536/1922, que tratou do procedimento concorrencial, tendo sua sistematização com o Decreto-Lei nº 200/1962 que estabeleceu a reforma administrativa no âmbito federal.

O atual entendimento do termo “licitação”, como procedimento administrativo prévio necessário à viabilização dos contratos da Administração, foi sistematizado através do Decreto - Lei nº. 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispôs sobre a organização administrativa, sendo estendida à administração estadual e municipal através da Lei nº 5.45/1968.

Através do Decreto-Lei nº 2.300/86, as regras sobre licitação foram mais bem delineadas, contudo com lacunas, sendo atualizada em 1987, com os Decretos/Lei nº 2.348 e 2.360, que pela primeira vez, instituiu o Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, reunindo normas gerais e específicas relacionada à matéria licitação, com a finalidade de impedir os desvios de conduta e reprimir as

corrupções observadas nas concorrências públicas que atingia toda a Administração Pública desde essa época.

Com o advento da Constituição de 1988, a licitação recebeu status de princípio constitucional, de observância obrigatória pela Administração Pública direta e indireta de todos os entes federados: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 22, inciso XXVII outorga competência privativa à União para legislar sobre: normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art.37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art.173, § 1º, III (art.22, XXVII, CF).

Entre os resultados obtidos nessa jornada em busca de melhores resultados, temos ainda o advento da lei 8.666/1993, que trouxe regras ao processo de licitação, procedimento administrativo pelo qual a Administração Pública opta pela oferta mais vantajosa para celebração de contrato de seu interesse. A lei 8.666/1993 instituiu várias modalidades de licitação, tais como: Concorrência, Tomada de Preço, Convite, Concurso e Leilão e ainda os princípios norteadores; regras de dispensa e inexigibilidade de licitação; valores limites de cada modalidade, entre outros pontos. O doutrinador Pereira Júnior¹, afirma que “a Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, atualizada pela Lei nº. 8.883, de 08 de junho de 1994, completa o ciclo evolutivo, disciplinando o instituto e os contratos públicos a partir das diretrizes traçadas pela Constituição”. Destaca ainda o nobre jurista que “ressalvadas as hipóteses previstas na lei, nenhum órgão ou entidade da administração pública brasileira, pode, hoje, contratar compra obra, serviço, alienação ou locação sem prévia licitação”, estando o contratante submetido a violar os princípios fundamentais da igualdade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade.

A fim de solucionar questões que não pareciam estar resolvidas e que por muitas vezes dificultavam os parâmetros que deveriam ser seguidos, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, por intermédio da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação/SLTI e, do seu Departamento de Logística e Serviço

¹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Gerais/ DLSG, lançou estudos buscando criar outra modalidade licitatória, mais simplificada, que atendesse as necessidades mais emergentes do governo e da própria sociedade. A participação de órgãos da Administração Pública como é o caso da ANATEL foi primordial, considerando que em sua lei criadora estava prevista modalidade bastante semelhante a esta sobre a qual tratamos.

Deste modo em Maio do ano de 2000, vimos nascer à medida provisória de nº. 2.026, que instituiu, no âmbito da União, nos termos do art. 37 da Constituição Federal, uma nova modalidade de licitação denominada “pregão”.

O Pregão termina por ser um aperfeiçoamento do regime de licitações para a Administração Pública. Sua aplicação operacional funciona como um leilão inverso, no qual o licitante, oferta lances para baixo, propiciando a Administração uma melhor compra. Essa nova modalidade, reconhecida em duas extensões: o pregão presencial e o pregão eletrônico, garante economias imediatas nas aquisições de bens e serviços, em especial aquelas compreendidas nas despesas de custeio da máquina administrativa pública; bem como permite ainda maior agilidade nas aquisições, ao desburocratizar os procedimentos para a habilitação e o cumprimento da sequência de etapas da licitação, sendo apontada há algum tempo como um marco no futuro da licitação no Brasil.

Apesar da medida provisória de nº 2.026 de Maio de 2000, ter sido revogada pela lei 10.520/2002, ainda assim, a importância jurídica dessa modalidade já estava reconhecida como modalidade preferencial de licitação. Na forma presencial pelo Decreto Federal n. 3.555/00 alterado posteriormente pelos Decretos Federais nº. 3693/00 e 3.784/01 e na forma eletrônica pelo Decreto Federal nº. 3.697/00 que foi revogado pelo Decreto Federal nº. 5.450/05. Registre-se também que se encontra em vigor o Decreto Federal nº. 5.504/05 que estabelece a exigência de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, 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.

O pregão eletrônico vem assumindo posição de destaque, uma vez que se estima que no Brasil a maior parte do gerenciamento de contrato público já é feito por meio da tecnologia de informação, obtendo significativas vantagens econômicas quando comparamos com a forma como acontecia no passado, promovendo uma melhoria da gestão e aplicação dos recursos públicos. Outra vantagem que

queremos comprovar com este estudo é a celeridade que os processos realizados mediante pregão eletrônico têm proporcionado para finalização dos contratos.

Contudo, apesar de todas as vantagens observamos que é necessário cautela para que a falta de precisão na especificação dos “bens e serviços comuns adquiridos através do Pregão, não gere dificuldades, uma vez que pode-se contratar o bem “mais barato”, mas não aquele que apresente a melhor relação custo/benefício (princípio constitucional da economicidade, art. 70 da Constituição Federal).

Desta forma, reconhecendo que o pregão tanto na forma presencial como na forma de pregão eletrônico, dentre as modalidades licitatórias existentes no ordenamento jurídico brasileiro, tem atendido com maior rapidez e eficiência à Administração Pública, na prestação dos serviços públicos, surge a indagação que sustenta esse estudo: em que reside a agilidade com que a Administração Pública consegue ultimar as licitações tendo como modalidade do processo o pregão?

Ao buscar as respostas a estas indagações temos no decorrer do estudo como objetivo principal realizar uma análise em torno dessa modalidade de licitação chamada pregão, identificando os princípios que norteiam sua utilização, suas fases, bem como as vantagens e desvantagens de sua aplicação. Busca-se também analisar o pregão, tanto na forma presencial como na forma de pregão eletrônico, como processo licitatório relevante para a eficiência da gestão pública e ainda os aspectos gerais referentes a este tipo de licitação, ressaltando a modalidade de pregão eletrônico por utilizar recursos da tecnologia da informação, se concretizando como processo licitatório de economicidade mais viável para contratação de bens e serviços comuns, evitando formalidades que terminam por burocratizar os processos licitatórios.

Usaremos no presente trabalho de conclusão de curso o método bibliográfico, uma vez que para delinear sobre o impacto nas licitações após a implantação do pregão eletrônico foi indispensável o conhecimento da real utilização desse procedimento pela Administração Pública.

Optou-se por utilizar uma metodologia de caráter explorativo/descritivo. Para alguns autores, a pesquisa exploratória tem como objetivo propiciar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-la mais explícito ou a constituir hipóteses, com o aprimoramento de idéias ou a descoberta de intuições. A pesquisa

descritiva tem como objetivo primordial à descrição das características de determinado estabelecimento de relações entre variáveis.

Discorreremos sobre o tema em quatro capítulos. No primeiro capítulo destacamos os princípios constitucionais expressos nos processos licitatórios e as fases da licitação, bem como, as modalidades licitatórias conhecidas no Direito Administrativo. No segundo capítulo destacando o pregão e sua relevância para a eficiência da gestão pública e identificamos os principais aspectos que norteiam a modalidade pregão em suas formas: presencial e eletrônico, ressaltando suas especificidades em relação as demais modalidades, conceituando o que entende-se no Direito Administrativo por bens e serviços comuns. No terceiro capítulo damos especial destaque a Administração Eletrônica e seus delineamentos no Direito Administrativo, destacando o uso da tecnologia de informação nos contratos públicos na forma de pregão eletrônico e por fim no quarto e último capítulo ressaltamos as vantagens do pregão eletrônico para eficiência da gestão pública, destacando o tratamento que é dado atualmente às microempresas e empresas de pequeno porte.

Nas considerações finais, uma vez comprovado, durante esse estudo, que a modalidade de licitação denominada de pregão vem atender a Administração Pública, em suas duas subespécies, o pregão presencial e o eletrônico, proporcionando reais vantagens, especialmente em comparação com as modalidades tradicionais da Lei nº 8.666/93, teceremos os comentários finais elegendo essa modalidade como um marco significativo nos processos licitatórios, ressaltando, contudo, que o pregão eletrônico, por utilizar recursos de tecnologia da informação, apresenta-se como a modalidade que proporciona menor tempo, maior redução dos custos das compras e transparência para a finalização dos processos.

1. AS LICITAÇÕES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para melhor compreensão, analisemos algumas definições de licitação, expressão que vem do latim *licitatio*, tendo como significado “a venda por lances”, isto é, fazer o preço sobre a coisa posta em leilão.

Segundo Hely Lopes Meireles², a licitação pública “*é um procedimento administrativo pelo qual é selecionada a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.*”

Já de acordo com José dos Santos Carvalho Filho³, “(...) *A licitação trata-se de um procedimento administrativo vinculado por meio do quais os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.*”

A magistrada Fernanda Marinela⁴, afirma com conceituação próxima a de Carvalho Filho, que “*licitação é um processo administrativo destinado à seleção da melhor proposta dentre as apresentadas por aqueles que desejam contratar com a Administração Pública.*”

Nesse sentido, a Administração Pública assegura aos licitantes o direito de competição de forma igualitária, proporcionando iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, resguardando dois interesses relevantes que acompanham todo o processo licitatório: respeito ao erário, uma vez que se tem como meta a escolha da proposta mais vantajosa, que atenda em regra geral ao menor preço, vinculando esta escolha em alguns casos, também a melhor técnica e não menos relevante, o respeito aos princípios constitucionais, sob pena de invalidar todos os procedimentos, tornando nulo o contrato subsequente. Todo processo está submetido a uma sucessão de atos vinculantes para a Administração e os licitantes. Esses atos obedecem rigidamente os estabelecidos em Lei, não se admitindo discricionariedade em qualquer fase do procedimento. Esses atos são:

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 266.

³ FILHO, Carvalho, José dos Santos, *MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO*, Lumen Juris, 20^a ed., Rio de Janeiro, 2008, p. 226.

⁴ MARINELA, op. cit., p.339.

edital ou convite, habilitação dos licitantes, julgamento objetivo das propostas, adjudicação ao vencedor, homologação da adjudicação.

“(...) 3. A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso --- o melhor negócio --- e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração. Imposição do interesse público, seu pressuposto é a competição. Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração. 4. A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. 5. A constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível”⁵.

As diversas modalidades de licitação definidas no art. 22 da Lei. 8.666/93 são: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão, sendo que a Lei 10.520, de 17 de Julho de 2002, incluiu a modalidade denominada “pregão”, para a aquisição de bens e serviços comuns no âmbito de todos os entes federados, todavia alguns autores indicam ainda, a modalidade “consulta”, não se tratando esta última *de modalidade prevista na Lei das Licitações, tendo aplicação somente para as agências reguladoras, com procedimentos por elas definidos*⁶.

A modalidade de licitação não há de ser confundida com “tipo de licitação” que diz respeito ao critério de julgamento da proposta, mas sim trata do procedimento a ser seguido pela Administração Pública, em razão da contratação da melhor proposta, tendo como objetivo a estipulação do valor estimado para compra de mercadorias, obras ou serviços a serem contratados. Para permitir a escolha da modalidade aplicável a determinado caso concreto, MARINELA explica que é possível a utilização de dois critérios:

[...] o que leva em consideração o valor do contrato e o que considera as especificações de seu objeto, não importando o seu valor. Tratando-se da análise quanto ao valor, as modalidades licitatórias cabíveis são: concorrência, tomada de preços e convite, sendo que, nessas hipóteses, a

⁵ ADI 3070 / RN, STF – Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, julgamento: 29.11.2007, DJ: 19.12.2007

⁶ Cf, MARINELA, op. cit., p.365.

escolha não ocorre em razão da qualidade do objeto, exceto no caso da concorrência que, além da utilização para os contratos de valores altos, é também obrigatória, em algumas hipóteses, em razão do objeto. De outro lado, quando o critério é a natureza do objeto, sendo indiferente o valor, é possível a utilização do concurso, do leilão e do pregão.

1.1 OS PRINCÍPIOS EXPRESSOS NA LEI

Como afirmado anteriormente, todo procedimento licitatório deve seguir lineamentos e ser julgado, de acordo com os princípios constitucionais norteadores de todo processo, expressos na lei e no Direito Administrativo. O descumprimento a esses princípios pode ser traduzido como transgressão de formalidades previstas em lei, que geralmente aparecem associadas a desvios do dinheiro público, caracterizando a licitação como processo fraudatório.

São básicos os princípios da moralidade, da probidade administrativa, da eficiência, da publicidade, e ainda alguns princípios que têm aplicabilidade específica para o tema relacionado às licitações que são: da vinculação ao instrumento convocatório - edital, do julgamento objetivo das propostas e da adjudicação compulsória, todos especificados a seguir. Ressaltamos que esses princípios constitucionais são aplicáveis em todos os tipos de licitação.

1.1.1 PRINCÍPIO DA MORALIDADE E PRINCÍPIO DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA: Embora o art. 3º da lei 8.666/93 trate de forma distinta estes princípios, muitos estudiosos juristas empregam que a Administração deverá observar igualmente os princípios da moralidade e da probidade administrativa, pois refere-se a “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé” (cf. art. 2º, parágrafo único, IV). A moralidade administrativa exige que o administrador esteja revertido de ética e tenha a honestidade na prática dos atos públicos. Pelo princípio da moralidade deve-se entender que o procedimento licitatório está vedado de qualquer conduta dissociada de valores jurídicos e morais. *A moralidade está associada à legalidade: se má conduta é imoral, deve ser inválida*⁷.

⁷ Cf. Marçal Justen Filho, apud FILHO, Carvalho, José dos Santos, op. cit., p. 233.

1.1.2 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA: Caracteriza-se pelo dever da Administração em satisfazer aos interesses da coletividade, realizando suas atribuições com presteza e rendimento funcional, objetivando a prestação do ato administrativo ou da administração de forma célere e de qualidade. Contudo Justen Filho⁸ chama atenção afirmando que o princípio da eficiência não se superpõe aos princípios estruturantes de ordem jurídica. Afirma o estudioso que:

Não se pode transigir quanto à configuração de um Estado Democrático de Direito, nem pretender validar atos defeituosos mediante o argumento das escolhas economicamente mais vantajosas. (...) Pode se dizer que o princípio da eficiência é derivado e secundário: apenas se aplica após se verificar a compatibilidade de diferentes soluções com os princípios jurídicos fundamentais.

1.1.3 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE: Este princípio deve garantir aos interessados amplo acesso ao certame, referindo-se aqui, à universalidade dos procedimentos das licitações públicas. Não há licitação sigilosa (Lei nº 8.666/93, arts. 3º, § 3º, e 43, § 1º). É garantido o sigilo apenas para o conteúdo das propostas, até que sejam abertos os envelopes, pois isso resultaria numa quebra de uma série de princípios. É o princípio de publicidade que impõe a transparência no procedimento, promovendo oportunidade para que os interessados acompanhem os atos praticados na Administração nas várias fases do procedimento, para assegurar a todos a possibilidade de fiscalizar sua legalidade. A Lei 8.666/91 confere ao cidadão o poder de denunciar irregularidades e pedir instaurações de investigações administrativas no sentido de verificar se existe fraude na licitação.

1.1.4 PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO: A Administração fica adstrita a respeitar as regras que haja previamente estabelecido para disciplinar o certame (art. 41 da Lei de Licitações). É a garantia que condiciona tanto a Administração, como o licitante a respeitarem as normas e as condições traçadas para o procedimento do ato convocatório, sob pena da licitação se tornar inválida e suscetível, tornando-se corrigida administrativamente ou judicialmente. Hely Meireles discorre sobre instrumento convocatório como edital e o define como *a lei interna da licitação*⁹.

⁸ Filho, Marçal Justen. *In Comentários à Legislação do Pregão Comum e do Eletrônico*, 5. ed. revista e atualizada de acordo com a Lei Federal nº 10.520/02, São Paulo, Dialética, 2009, p.284.

⁹ Cf. MEIRELES, Hely Lopes, op. cit., p. 263.

1.1.5 PRINCÍPIO DO JULGAMENTO OBJETIVO DAS PROPOSTAS: Este princípio impõe que a Comissão de Licitação deva, no ato do julgamento, seguir critérios objetivos definidos no ato convocatório para o julgamento das propostas e não agir discricionariamente, baseados em fatores subjetivos ou propósitos pessoais não previstos no ato convocatório, sob pena de invalidar-se todo o procedimento. Tal princípio é corolário do princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

1.1.6 PRINCÍPIO DA ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA: O princípio da adjudicação compulsória ao vencedor impede que a Administração, concluído o procedimento licitatório, atribua seu objeto a outrem que não o legítimo vencedor¹⁰. Este princípio também veda que se abra nova licitação enquanto válida a adjudicação anterior. A adjudicação pode traduzir-se no ato declaratório que proclama o vencedor do certame, aquele que deverá vir a celebrar o contrato relativo ao objeto da licitação, contudo é possível que o contrato não venha a ser concluído, por motivos como anulação do procedimento, ou que tenha sua celebração adiada por motivo que justifique juridicamente tal adiamento.

Alguns estudiosos, a exemplo de José dos Santos Carvalho Filho¹¹, citam também os princípios correlatos, expressos também no art. 3º do Estatuto. Define o autor que os princípios correlatos são aqueles que derivam dos princípios básicos e que com estes têm correlação em virtude da matéria de que tratam.

Uma vez que são correlatos aos princípios básicos, os autores não discorrem sobre esses princípios por igual, mas daremos destaque aos que mais são citados. São eles, o **Princípio da Competitividade**, que é expresso como sendo o princípio da essência do procedimento, pois adota normas que impedem que o caráter competitivo da licitação seja frustrado ou comprometido. O **Procedimento Formal**, que impõe a vinculação da licitação aos parâmetros estabelecidos na lei que a regem em todos os seus atos e fases. E por fim o **Princípio do Sigilo das Propostas**, que se apresenta excepcionando a regra da publicidade, garantindo que as propostas, que devem ser apresentadas em envelopes lacrados, sejam mantidas

¹⁰Cf. MEIRELES, Hely Lopes, op. cit., p. 264.

¹¹ FILHO, Carvalho, José dos Santos, op.cit., p. 235.

em sigilo, até que sejam abertos em sessão pública previamente marcadas, após a habilitação dos proponentes (arts. 3º, § 3º, e 43, § 1º).

É relevante tratar sobre os princípios que regem todo procedimento licitatório, pois o descumprimento de qualquer um destes descaracteriza o instituto e torna inválido o resultado seletivo. Esses princípios devem ser observados durante todo procedimento licitatório, contudo, Justen Filho¹² chama atenção para distinção entre os princípios e regras, reconhecendo que não se pode extrair, de modo abstrato, uma solução exata e precisa a partir dos princípios, sendo as regras determinações normativas dotadas de menor generalidade, mas que apresentação maior precisão. Os princípios são gerais, as regras são específicas. O jurista afirma que:

As exigências adotadas pelo legislador no corpo de regras são vinculantes ao longo da licitação. Ou seja, não se pode pura e simplesmente ignorar o conteúdo das regras legais. Tampouco se admite a invocação direta a princípios para promover o afastamento de regras específicas, claras e inquestionáveis. Ou seja, a tarefa de interpretação e aplicação da lei envolve submeter as regras ao espírito dos princípios. Mas isso não autoriza afastar as regras como se não existissem, especialmente quando isso puder afetar potenciais competidores ou infringir a clara vontade do legislador.

Assim sendo o procedimento licitatório baseado nos princípios constitucionais segue etapas, em uma ordem que não pode ser alterada, as quais, citamos na sequência.

1.2 FASES DA LICITAÇÃO

A licitação restringe a liberdade da Administração Pública para realizar contratos administrativos, para tal é um procedimento delimitado por lei específica. Sendo assim, compõe-se de uma sucessão de atos preparatórios para que se cumpra a finalidade final, objetivada pela Administração Pública, que é a contratação. Inicia-se com a abertura do processo administrativo em que a autoridade competente determina a realização da licitação, define seu objeto e indica os recursos hábeis para despesa (art. 38 da Lei 8.666/93), o que se define por fase interna. Como resultado dessas decisões internas, acontece o convite de

¹² Cf. Filho, Marçal Justen, op.cit., p.75-76.

convocação, que dá início a fase externa que se desenvolve na seguinte sequência: **publicação do edital, recebimento da documentação e propostas que segue para a habilitação, julgamento das propostas, adjudicação e homologação.**

1.2.1 PUBLICAÇÃO DO EDITAL

No **edital** devem estar previstas todas as regras que uma vez publicadas devem ser seguidas tanto pela administração quanto pelos licitantes. Consequência que levou muitos juristas a definir o edital como a lei interna da concorrência e da tomada de preços e que justifica falar-se em princípio da vinculação ao edital. No edital devem constar o objeto da licitação, o preço e as condições de reajuste, prazo, critério de julgamento, e todas as normas que subordina administradores e administrados (art. 40). Deve ser publicado na imprensa oficial e em jornal de grande circulação.

Nulo é o edital omissivo em pontos essenciais, ou que contenha disposições discricionárias ou preferenciais, o que ocorre quando a descrição do objeto de licitação é tendenciosa, conduzindo à licitante certo, sob falsa aparência de uma convocação igualitária¹³.

A antecedência mínima do edital é de **45 dias**, para as modalidades de concurso e concorrência, no caso de o contrato a ser celebrado contemplar o regime de empreitada integral ou quando a licitação for do tipo melhor técnica ou técnica e preço. De **30 dias**, para as modalidades de concorrência, nos demais casos e tomada de preços, quando a licitação for do tipo melhor técnica ou técnica e preço. De **15 dias**, para as modalidades de tomada de preços, nos demais casos e leilão. De **5 dias úteis** para a modalidade convite e de por fim de **8 dias úteis**, para a modalidade pregão, contados a partir da publicação do aviso.

1.2.2 HABILITAÇÃO

¹³Cf. MEIRELES, Hely Lopes, op. cit., p. 275.

Segue-se assim à fase em que o poder público procura apurar as condições pessoais de cada licitante, verificando a documentação, habilitando-os ou não, objetivando uma futura contratação. Para medir a **habilitação** do candidato são exigidos documentos e observando aspectos na área jurídica, técnica, fiscal e financeira (artigo 195, § 3º da CF). Na área jurídica exige-se dos licitantes a apresentação de CIC, RG, CNPJ e contrato social, a fim de se verificar se poderão ou não celebrar contrato com a Administração Pública. No campo técnico exige-se do licitante comprovante de capacitação anterior de execução de obra ou serviço idêntico ou similar. Na parte fiscal serão exigidos documentos que comprovem não estar o licitante, em débito com a Seguridade Social. No campo financeiro exigem-se balanços, certidões negativas de falência, entre outros documentos que atestem boa condição financeira para suportar a execução do futuro contrato. A finalidade da Administração Pública nesta fase é assegurar-se que o interessado terá condições técnicas, financeiras e idoneidade para cumprir adequadamente o contrato.

José Carvalho Filho¹⁴ destaca que constitui-se também como requisito de habilitação o cumprimento, pelo participante, do dispositivo do art. 7º, XXXIII, da CF, que pede que se comprove por meios adequados que o candidato não tenha em seu quadro de empregados, menores, ressalvando-se apenas a condição de menor aprendiz, a partir de quatorze anos. Não comprovando esse requisito, violando a norma constitucional, será ele inabilitado no procedimento licitatório.

1.2.3 JULGAMENTO DAS PROPOSTAS

É chegado o momento em que se confrontam as ofertas, classificam-se as propostas e determina-se o vencedor, ao qual deverá ser adjudicado o objeto da licitação. Passamos assim para o **julgamento das propostas ou classificação**¹⁵, fase em que a Administração procede com a seleção da proposta que melhor corresponde à efetivação do futuro contrato. Faz-se fundamental que os critérios de julgamento adotados pela Administração devam estar fixados previamente no edital,

¹⁴ Cf. FILHO, Carvalho, José dos Santos, op. cit., p. 269.

¹⁵ Alguns juristas tratam essas etapas de forma distinta a exemplo de José dos Santos Carvalho Filho e outros, dentro dos mesmos aspectos, como faz SPITZCOVSKY.

que aponta ainda o tipo de licitação a ser computada pela comissão para chegar à proposta mais vantajosa, critério este, do qual resulta, quatro tipos básicos de licitação: melhor técnica, menor preço, técnica e preço e o de maior lance ou oferta nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso (art. 45, § 1º). Desta forma, o legislador estabelece as hipóteses em que as propostas comerciais apresentadas deverão ser imediatamente desclassificadas pelo Poder Público¹⁶.

A proposta mais vantajosa deve ser aquela que melhor atenda aos interesses da Administração, pertinente que esteja dentro dos critérios estabelecidos no edital ou no convite, servindo de forma objetiva ao cumprimento do que é solicitado na licitação, sendo expressamente vedado no julgamento das propostas, a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa de alguma forma, elidir o princípio da igualdade entre os licitantes, e/ou ainda a consideração de qualquer oferta ou vantagem não prevista no edital ou convite, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido, tão menos, preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes.

1.2.4 HOMOLOGAÇÃO

Vencidas essas sequências, chegamos à **homologação**, etapa em que o poder público confirmará a legalidade de todos os atos, ou seja, momento em que acontece a aprovação do procedimento pela autoridade competente superior.

A **homologação** se situa no âmbito do poder de controle hierárquico da autoridade superior e tem natureza jurídica de ato administrativo de **confirmação**. Quando a autoridade procede à homologação do julgamento, confirma a validade da licitação e o interesse da Administração em ver executada a obra ou serviço, ou contratada a compra, nos termos previstos no edital. A lei, além de referir-se à homologação, alude também à expressão **aprovação do procedimento**, que possui o mesmo significado¹⁷.

¹⁶ Cf. SPITZCOVSKY, Celso. *Direito Administrativo*, 10ª ed. São Paulo, Editora Métodos, 2008, p. 285.

¹⁷ Cf. FILHO, Carvalho, José dos Santos, op. cit., p. 276.

1.2.5 ADJUDICAÇÃO

Ao receber o processo por parte da comissão, tal autoridade poderá determinar a correção de irregularidades, invalidar o procedimento (no todo ou parcialmente), revogar a licitação por razões de ordem administrativa (decorrente de fato posterior e devidamente motivado) ou simplesmente homologar o procedimento. A consequência jurídica da homologação é a **adjudicação**, ato final do procedimento licitatório, pelo qual se atribui ao vencedor o objeto da licitação.

Hely Meireles resume os efeitos jurídicos da adjudicação que são: a aquisição do direito de contratar com a Administração nos termos em que o adjudicatário venceu a licitação; a vinculação do adjudicatário a todos os encargos estabelecidos no edital e aos prometidos na proposta; a sujeição do adjudicatário às penalidades previstas no edital e normais legais pertinentes de não assinar o contrato no prazo e condições estabelecidas; o impedimento de a Administração contratar o objeto licitado com outrem; a liberação dos licitantes vencidos de todos os encargos da licitação e o direito de retirarem os documentos e levantarem as garantias oferecidas, salvo se obrigados a aguardar a efetivação do contrato por disposição do edital ou norma legal¹⁸.

Contudo destacamos que “a licitação, como todo ato administrativo, é suscetível de **anulação** e de **revogação**” (art. 49). Para anulação deve ser comprovada a ilegalidade de um ato do procedimento licitatório. A revogação pode ocorrer por motivo de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente justificado ou quando o vencedor não formaliza o contrato no prazo fixado. A competência para anular ou revogar é, em princípio, da autoridade superior que autorizou ou determinou a licitação, mas, tratando-se de ilegalidade no julgamento, a Comissão que o proferiu poderá anulá-lo no recurso próprio, ao reexaminar sua decisão. Hely Meireles (idem, p. 298) esclarece ainda que o licitante vencedor não pode impedir a revogação da licitação, mas pode exigir na indicação dos motivos pela Administração, e, não os havendo, poderá obter judicialmente a anulação do ato revocatório, com o restabelecimento de seus direitos na licitação, quer recebendo o objeto que lhe fora adjudicado, quer obtendo a indenização correspondente.

¹⁸ Cf. MEIRELES, Hely Lopes, op. cit., p. 296-297.

1.3 MODALIDADES ANTERIORES AO PREGÃO

1.3.1 CONCORRÊNCIA

Dentre as modalidades mais utilizadas, a concorrência é a mais ampla e pode ser exigida em razão de dois critérios: valor e a natureza do objeto. No que tange ao valor, precede em caráter obrigatório as contratações de obras, serviços e compra de maior valor, segundo limites fixados por lei federal; obra e serviços de engenharia de maior valor, também segundo limites fixados por lei federal. E razão da natureza do objeto, independentemente do valor do negócio, nos seguintes casos: compra e alienação de bens imóveis; concessão de direito real de uso; licitações internacionais, admitindo-se, nesse caso, também a tomada de preços e o convite; nos contratos de empreitada integral e por fim nas concessões de serviços públicos.

Admite a participação de quaisquer interessados, independentemente de se encontrar ou não cadastrado junto aos órgãos públicos.

No § 1º do art. 22, a Lei 8.666/93 genericamente afirma que “concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto”, uma vez que essa modalidade apresenta em seu procedimento, maior rigor formal e exige ampla divulgação, tendo em vista que os recursos financeiros a serem empregados pela Administração são mais elevados.

Nessa modalidade, é admissível a existência da fase de pré-qualificação, consoante o art. 114 da Lei nº 8.666/93. Tal fase consiste na dissociação da fase de habilitação do restante do procedimento da concorrência. Desta forma, poderá a Administração Pública estabelecer exigências especiais, como requisitos a serem observados com vistas à participação em concorrência futura. Na prática, funcionaria como uma seleção preliminar, sendo que somente aqueles licitantes que preencherem os requisitos desta forma estabelecidos, serão considerados pré-habilitados para participar da concorrência. Cumpre ressaltar não ser obrigatória a etapa da pré-qualificação, devendo assim a Administração atuar discricionariamente,

de acordo com seus critérios de conveniência e oportunidade aplicáveis em cada caso concreto.

O procedimento da concorrência será processado por comissão composta por, no mínimo, três membros, obrigatoriamente servidores públicos. A comissão pode ser permanente ou especial, formada ou composta por um procedimento determinado. A capacidade jurídica, a regularidade fiscal, a qualificação técnica e a idoneidade econômico-financeira são analisadas e julgadas pela comissão¹⁹.

1.3.2 TOMADA DE PREÇOS

A tomada de preços é “a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação” (Art. 22, § 2º da Lei 8.666/93). É uma modalidade de licitação menos formal que a concorrência, uma vez que presta-se à celebração de contratos relativos a obras, serviços e compras de menor vulto, cujas faixas de valor são estabelecidas em lei (art. 23, I, “b”, e II, “b”), admitindo-se a atualização anual de valores conforme art. 120 do Estatuto. Fora esta característica, o procedimento, inclusive quanto ao julgamento por comissão de três membros, é o mesmo da concorrência. O que realmente distingue a tomada de preços é a existência da habilitação prévia à abertura do procedimento, mediante o cadastramento dos interessados nos registros cadastrais da Administração, organizados em função dos ramos de atividade e potencialidades dos eventuais proponentes. O referido cadastramento é comprovado pelo CRC (Certificado de Registro Cadastral) emitido pela própria Administração, o qual possui validade de um ano. Sobre o cadastramento prévio, o doutrinador José dos Santos Carvalho Filho²⁰, salienta que:

O cadastramento de fornecedores é documento de extrema importância para a Administração, de modo que os órgãos por ele responsáveis devem precaver-se contra eventuais fraudes cometidas por empresas, inclusive uma que se tem repetido algumas vezes: a empresa fica inadimplente com

¹⁹ Cf. ROSA, Márcio Fernando Elias. *Direito Administrativo*, 2ª ed., v.20, Editora Saraiva, 2010, p.38.

²⁰ FILHO, Carvalho, José dos Santos, op. cit., p. 260.

as obrigações fiscais, previdenciárias ou sociais e, não podendo participar de novas licitações, dá lugar a outra, formada pelos mesmos sócios; como é recém-criada, a nova empresa não terá problemas na exibição de certidões negativas de débitos tributários. Trata-se de fraude contra a Administração, que deve ser por esta coibida, rejeitando-se a inscrição no registro cadastral, porque, admitindo-se o cadastramento dessa nova empresa, estarão sendo violados vários princípios licitatórios, entre eles o da igualdade, já que esse fornecedor, devedor tributário com outra razão social, estará em posição de vantagem quando estiver ao lado dos demais participantes, estes devidamente quites com suas obrigações legais.

Ainda assim, mediante o princípio da competitividade, os não previamente cadastrados têm garantida a possibilidade de se inscreverem até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, contanto que satisfaçam as condições de qualificação exigidas. Nesse caso, para que o licitante demonstre que preenche os requisitos, ele deverá apresentar o pedido de cadastramento (requerimento), com a respectiva documentação.

É ainda admitida a tomada de preços para licitações internacionais, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores e desde que o contrato a ser celebrado esteja dentro dos limites estabelecidos no art. 23 da Lei.

Desta forma, podemos verificar que a diferença fundamental entre os procedimentos da concorrência e da tomada de preços é que, nesta última, a habilitação do licitante se dá anteriormente à realização do procedimento licitatório, de forma contrária à concorrência.

1.3.3 CONVITE

Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual deverá ainda afixar, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas, uma vez que na lei vigente ampliou-se o grupo de destinatários, admitindo-se a participação de interessados não convidados diretamente, mas cadastrados junto aos órgãos

administrativos. Na lei anterior, apenas os convidados tinham direito de participar do convite.

Nessa modalidade não há edital e o instrumento de convocação utilizado denomina-se carta-convite, enviada diretamente aos interessados, onde são colocadas, sucintamente, as regras da licitação.

O convite é a modalidade de licitação utilizada para as contratações de menor valor, sendo, por isso, menos formal em seu procedimento. Por isso, o art. 51, § 1º, da lei prevê que “no caso de convite, a Comissão de Licitação, excepcionalmente, nas pequenas unidades administrativas e em face da exiguidade de pessoal disponível, poderá ser substituída por servidor formalmente designado pela autoridade competente”, podendo a ordem de serviço ou a nota de empenho substituir o instrumento do contrato, dando início à execução do que foi pactuado.

Sobre essa modalidade, existem duas regras importantes de serem observadas: em relação ao desinteresse dos convidados ou à limitação do mercado, sendo possível que a carta-convite, excepcionalmente, seja enviada a menos de três interessados. Estas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite (art. 23, § 7º).

Na hipótese contrária, ou seja, de existirem mais de três possíveis interessados numa praça, a cada novo convite realizado para objeto idêntico ou assemelhado, é obrigatório o convite para no mínimo, mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações (art. 23, § 6º). Compreende-se que tal dispositivo, busca evitar o favorecimento de somente algumas empresas, permitindo que outras, já cadastradas também tenham chances de participar. Reitera José dos Santos Carvalho Filho²¹:

O que se quer – insista-se – é impedir o perene chamamento dos mesmos interessados, quando na praça existem outros em condições de participar do certame. Cuida-se, como se vê, de corolário dos princípios da moralidade e da competitividade.

Embora seja a menos complexa das modalidades, é possível aplicar o convite às licitações internacionais, respeitados os limites de valor estabelecidos no art. 23, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no Brasil (art. 23, § 3º).

²¹ FILHO, Carvalho, José dos Santos, op. cit., p. 262.

1.3.4 CONCURSO

Concurso é a modalidade de licitação prevista no art. 22, § 4º, do Estatuto, que promove à escolha entre quaisquer interessados, de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias, podendo esse prazo ser ampliado segundo as características do trabalho a ser apresentado.

Conforme esclarecido por Hely Lopes Meirelles²², “o concurso é uma modalidade de licitação, mas de natureza especial, bem diversificada das demais. Rege-se, é certo, pelos princípios da publicidade e da igualdade entre os participantes, objetivando a escolha do melhor trabalho, mas dispensa as formalidades específicas da concorrência”.

O procedimento, no caso do concurso é um tanto diverso, pois o julgamento será feito por uma comissão especial integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria em exame, podendo ou não serem servidores públicos (art. 51, § 5º). Ao concurso não se aplicam os tipos de licitação previstos no art. 45 da Lei 8.666/93 (menor preço, melhor técnica etc.), pois os vencedores recebem um prêmio ou remuneração. Ao vencedor do concurso, quanto modalidade licitatória, não assiste qualquer direito de contratar com a Administração.

Marinela²³ destaca que o concurso da Lei da Licitação não pode ser confundido com o concurso público, afirma a especialista em Direito Público que:

No concurso público, o objetivo do administrador é a seleção de profissionais capacitados, tendo como contrapartida o provimento em cargos públicos. De outro lado, tem-se o concurso, enquanto modalidade licitatória, que objetiva a escolha de trabalho técnico, sendo que nesse caso a contrapartida é somente um prêmio ou remuneração, não levando ao preenchimento de cargo público. Portanto, são institutos distintos que recebem tratamentos diferentes, uma vez que, para o concurso público, as regras estão previstas no estatuto dos servidores públicos e na Constituição Federal, enquanto para o concurso licitação, a previsão é da Lei nº 8.666/93, art. 22, § 4º.

²² MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 70.

²³ MARINELA, Fernanda, op. cit., p.373.

De acordo com art. 13 da Lei nº 8.666/93, essa modalidade também, será utilizada, para a contratação de serviços técnicos profissionais especializados, ressalvadas as hipóteses em que há inexigibilidade de licitação.

1.3.5 LEILÃO

Leilão é a modalidade de licitação, entre quaisquer interessados, independentemente de habilitação prévia, que ofereça o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação (art. 22, § 5º), que visa atingir três objetivos: a venda de bens móveis inservíveis; a venda de produtos legalmente apreendidos ou penhorados e por fim a alienação de bens imóveis adquiridos em procedimento judicial ou através de dação em pagamento, como permite o art. 19 do Estatuto²⁴.

Alguns estudiosos a exemplo de Márcio Fernando Elias Rosa²⁵, destacam igual atenção ao leilão tratado no Plano Nacional de Desestatização, que admite-se para a alienação de ações, dissolução de sociedades com alienação de seus ativos, locação, comodato, concessões, permissões ou autorizações de serviços públicos. Nas privatizações admite-se a aplicação dessa modalidade licitatória, regida atualmente pelas Leis nº 8.031/90 e 9.491/97. É realizado nas Bolsas de Valores, exigindo-se habilitação prévia e ampla publicidade.

Salienta-se que o leilão configura-se como ato instantâneo, não sendo aplicável nos casos em que se requeira contrato formal. Nessa modalidade licitatória, uma vez arrematado o bem, o pagamento é a vista ou em curto prazo, devendo ser imediata a entrega do bem ao arrematante.

²⁴ Art. 19. Os bens imóveis da Administração Pública, cuja aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação de pagamento, poderão ser alienados por ato de autoridade competente, observadas as seguintes regras: (...) III – adoção do procedimento licitatório, sob a modalidade de concorrência ou leilão.

²⁵ ROSA, Márcio Fernando Elias, op. cit., p.40.

2. MODALIDADE PREGÃO

O pregão é a nova modalidade de licitação, instituída antes da conversão da lei, pelas MPs 2.026, 2.108 e 2.182 e atualmente regulada pela Lei 10.520 de 17-07-2002. Destina-se à aquisição de bens e serviços comuns, assim entendidos como “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado, qualquer que seja o valor da contratação (art. 1º e parágrafo único). Marinela²⁶ vem por confirmar interesse deste estudo quando afirma que:

A nova modalidade foi instituída com o escopo de aperfeiçoar o regime de licitações, permitindo o incremento da competitividade e a ampliação das oportunidades de participação nas licitações, além de desburocratizar os procedimentos para habilitação e o cumprimento da sequência de etapas do procedimento, contribuindo para a redução de despesas e concedendo uma maior agilidade nas aquisições.

Justin Filho²⁷ afirma que o pregão destinou-se a solucionar as necessidades administrativas relacionadas a bens “padronizados”. Reconhece-se que a licitação de objeto “padronizado” não necessita sujeitar-se a trâmites tão minuciosos como os necessários para fornecimento de objetos singulares e específicos, entendendo-se a luz do Direito Administrativo, que existem no mercado, bens que apresentam uma configuração mais ou menos invariável, de forma que não existe dificuldade em encontrar fornecedores que atendam as exigências para satisfação plena do interesse estatal.

Daí buscar-se que a diferença na necessidade de contratação de bens e serviços, favorecendo um regime de contratação que tornasse mais ágil a aquisição dos objetos padronizados. Essa é a origem da sistematização do pregão, que incorpora a proposta de tornar o procedimento de aquisição de produtos padronizados mais simples e menos burocrático.

O pregão envolve uma inversão da ordem tradicional das fases previstas na Lei n.º 8.666. Ganha-se tempo examinando somente os requisitos de habilitação do licitante que tiver apresentado a melhor proposta, o que segundo Justin Filho²⁸ pode gerar alguns problemas práticos não existentes no âmbito das licitações

²⁶ MARINELA, Fernanda, op. cit., p.375.

²⁷ Cf. Filho, Marçal Justen, op.cit., p.32.

²⁸ Cf. Filho, Marçal Justen, op.cit., p.11-12.

tradicionais – caracterizadas pelo julgamento da habilitação antes da seleção da proposta vencedora, uma vez que a divulgação do conteúdo da proposta incentiva a Administração a ser mais tolerante com a infração aos requisitos de habilitação. O ilustre jurista afirma ainda que negar a procedência desse enfoque equivale a desconhecer a realidade dos fatos. Contudo, essa inversão é vista pelo jurista como correta nos casos em que o objeto é suficientemente simples, podendo ser essa modalidade licitatória adotada somente para os contratos com objetos destituídos de complexidade.

O pregão é realizado mediante propostas e lances em sessão pública. O autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até dez por cento superiores a ela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor, sempre pelo critério menor preço (art. 4º, X). Não havendo pelo menos três ofertas com diferença de até dez por cento em relação à mais baixa, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de três, oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos. Examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade.

Verificado-se o atendimento das exigências fixadas no edital, o licitante será declarado vencedor. Homologada a licitação pela autoridade competente, o adjudicatário (licitante vencedor) será convocado para assinar o contrato no prazo definido em edital. Se o licitante vencedor, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta (o prazo de validade das propostas será de sessenta dias, se outro não estiver fixado no edital), não celebrar o contrato, este será celebrado com o colocado seguinte, que atenda às exigências de habilitação e demais estabelecidas no edital. Cabe registrar-se que aplicam-se subsidiariamente à modalidade pregão, as normas da Lei 8.666/93.

A introdução do pregão no sistema brasileiro consiste em ação prevista no Programa Redução de Custos, integrante do Plano Plurianual 2000-2003, que visa à implementação de um conjunto articulado de medidas voltadas para a modernização dos processos de compra e contratação, a introdução de controles gerenciais de custo e a aplicação de tecnologias da informática nas licitações. A revisão da legislação busca o cumprimento das metas de redução de custo do Programa. A ideia simples e inovadora de estabelecer uma competição mais acirrada pelo menor preço em licitações favorece a Administração Pública, os fornecedores e a sociedade, que têm como exercer maior controle sobre as contratações realizadas (MARINELA, et seq.)

Apesar de descrito acima os procedimentos para realização do pregão, a legislação reconhece duas espécies de pregão, o comum, também dito presencial e o eletrônico. O pregão comum caracteriza-se pela prática de atos “não virtuais” e o pregão eletrônico pela utilização intensa dos recursos de tecnologia da informação e da internet. Justen Filho²⁹ explica que na época em que surgiu o pregão, os recursos da internet eram muito rudimentares, preocupando-se a legislação essencialmente com o pregão comum, contudo, a rápida difusão da Internet por banda larga, tornou o pregão eletrônico mais favorável pela agilidade e eficiência nos processos licitatórios. Porém, a regulamentação da modalidade pregão na forma eletrônica só aconteceu por atos infralegislativos. Atualmente, vigora o Dec. Fed. nº 5.450/2005 no âmbito federal.

Jurisprudência do STU:

“ À licitação modalidade pregão, aplicam-se, subsidiariamente, disposições da Lei n.º 8.666/93.” (Resp nº 822.337/MS, 1ª T., rel. Min. Francisco Falcão, j. em 16.05.2006, DJU de 01.06.2006)

Desta forma a correta aplicação do pregão pressupõe, então, o conhecimento aprofundado da Lei nº 8.666/1993, na qual se encontram respostas para quase totalidade das dificuldades enfrentadas na aplicação da Lei nº 10.520/2002.

O Jurista Justen Filho, tece comentários importantes sobre a facultatividade (ou não) da escolha do pregão, afirmando que não é correto interpretar-se o regulamento federal tal como se houvesse obrigatoriedade de utilização do pregão em toda e qualquer hipótese de contratação de bem e serviço comum. Ele afirma ainda que não basta o bem ou serviço ser comum para, de modo automático e obrigatório, consagrar-se o pregão. Caberá à Administração avaliar se a modalidade do pregão será adequada, em face das circunstâncias. O nobre estudioso chama atenção para se verificar se essas circunstâncias aconselham ou não a utilização da modalidade pregão, afirmando que existem outros julgados que sinalizam a existência de margem reduzida de autonomia de escolha, não existindo, contudo, divergências. O que ele destaca é que a não aplicação do pregão deverá ser justificada e motivada.

²⁹ Cf. Filho, Marçal Justen, op.cit., p.13.

2.1 ASPECTOS QUE NORTEIAM O PREGÃO NA FORMA PRESENCIAL E ELETRÔNICO

Tendo em vista ser importante que a Administração Pública busque meios mais apropriados para redução de custos nas contratações de serviços e obras, dando oportunidade para o crescimento econômico e possibilitando a diminuição da desigualdade social, tanto o pregão presencial quanto o pregão eletrônico podem ser colocados como as modalidades que oferecem melhores condições de se buscar esses resultados.

Para tal precisamos, pois, destacar algumas regras sobre a habilitação dessa modalidade a fim de se compreender o objetivo da diferenciação do pregão em relação às demais licitações. Abordaremos inicialmente, a habilitação para o pregão presencial, que caracteriza-se pela presença, em ambiente físico, de agentes da Administração ou pregoeiro e em seguida o pregão eletrônico que se processa em ambiente virtual, por meio da tecnologia de informação.

Recorremos novamente a Marinela, para destacar outro aspecto importante que leva hoje essa modalidade licitatória, ter destaque perante as anteriores e ser vista como modalidade que possibilita maior transparência na viabilização de contratos com a Administração Pública. Como discorre a autora, há um maior rigor na punição por irregularidades, haja vista que o licitante fica impedido de licitar e de contratar com a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e é descredenciado do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF) ou dos sistemas semelhantes de cadastramento de fornecedores dos demais entes, pelo prazo de cinco anos³⁰.

Dá-se essa punição nas seguintes condições: quando o convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato; deixar de entregar a documentação exigida para o certame ou entregar uma falsa; ensejar o retardamento da execução de seu objeto; não mantiver a proposta; falhar ou fraudar na execução do contrato; comportar-se de modo inidôneo ou, por fim, cometer fraude fiscal.

³⁰ Cf. MARINELA, op. cit., p.410.

2.2 PROCEDIMENTOS DO PREGÃO NA FORMA PRESENCIAL

Para definir o procedimento, a Administração Pública teve por fundamento a necessidade de dar maior transparência ao processo seletivo³¹, assim, o pregão está condicionado aos princípios básicos da Administração Pública, elencados no artigo 37 da Constituição Federal: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, assim como dos princípios correlatos da competitividade, do justo preço, da seletividade, e todos os demais aplicáveis às licitações em geral.

Como todas as modalidades licitatórias, o pregão também acontece em duas fases: a interna e a externa. A fase interna ou fase preparatória inicia-se com o ato da autoridade competente pelo qual se justifica a necessidade de contratação, define seu objeto, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, com a fixação do prazo para o fornecimento (art. 3, I). De acordo com que determina o Dec. 3.555/2000 (alterado pelo dec. 8.693 de 20.12.2000), a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, afastadas as especificações irrelevantes e desnecessárias. Conforme esclarece Hely Meireles³²:

Os elementos indispensáveis a essa definição deverão constar de um *termo de referência*, bem como o respectivo orçamento, considerando os preços praticados no mercado, a descrição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato.

Cabe nessa fase também, a autoridade competente, designar, dentre os servidores do órgão ou entidade, aquele que será responsável pela condução do pregão – o pregoeiro, e a respectiva equipe de apoio, denominada pela Lei nº 10.520/02, que de acordo com suas atribuições, enumeradas pelo supracitado dispositivo legal, deverá proceder com o recebimento das propostas; a análise da aceitabilidade das respostas e lances e sua respectiva classificação; a análise da habilitação; e a adjudicação do certame ao licitante vencedor.

A legislação cita ainda que “somente poderá atuar como pregoeiro, o servidor que tenha realizado capacitação específica para função”, uma vez que como nos

³¹ Cf. FILHO, Carvalho, José dos Santos, op. cit., p. 285.

³² MEIRELES, Hely Lopes, op. cit., p. 312.

explica Hely Meireles³³, o pregão presencial à realizar-se numa sessão oral, pressupõe decisões rápidas e terminativas, dele exigindo experiência e capacidade.

Encontramos em Jorge Ulisses Jacoby Fernandes³⁴, a melhor divisão das etapas da fase externa do pregão, subdivididas de forma precisa e clara em convocação; credenciamento; sessão do pregão; fase recursal; adjudicação e homologação da licitação.

A convocação de todos os interessados ocorre como no procedimento das outras modalidades, através da publicação do aviso no Diário Oficial da União, sendo-lhe facultada a utilização de meios eletrônicos (Internet), e em jornais de grande circulação. Existem em relação a este ponto específico, que trata da publicação do aviso, algumas divergências no entendimento da legislação, uma vez que a Lei nº 10.520, expressa o termo “facultativamente” e o Decreto nº 3.555/00, por seu turno, impõe a obrigatoriedade da publicação do aviso por intermédio de outros *sites* que não o do TCU e o *Comprasnet*, contudo, em face da divergência existente especificamente nesse entendimento – obrigatoriedade ou facultatividade da publicação do aviso em outros *sites* da *Internet* é o jurista Marçal Justen Filho³⁵, que não vislumbrando qualquer ilegalidade pelo fato de o Decreto nº 3.555/00 impor a obrigatoriedade do pregão, via outros *sites* disponíveis na *Internet* nos esclarece que:

“Na sistemática do regulamento federal, o aviso do pregão deve ser obrigatoriamente divulgado no *Diário Oficial* da União e por via da *Internet*. Ou seja, tornou sem efeito a expressão ‘facultativamente’, contida na Lei nº 10.520. Com todo o rigor, essa determinação não é ilegal. Se a Lei nº 10.520 determinou que certa via de divulgação é facultativa, não existe impedimento a que o regulamento federal imponha sua obrigatoriedade. Lembre-se que, nesse ponto, o regulamento federal disciplina os trâmites da atividade administrativa, propriamente dita, a propósito de formalidades de publicidade. Aquilo que é mínimo segundo a disciplina legislativa pode ser ampliado através de atos administrativos, cuja natureza vinculante se impõe para os agentes administrativos.”

De acordo com o art. 4º, II, da Lei nº 10.520/02 é necessário que conste no aviso de convocação do pregão, a definição do objeto e a indicação do local, dias, e horários em que o edital poderá ser lido, assim como poderá ser recebidas as propostas. O prazo para apresentação das propostas não poderá ser inferior a oito

³³ MEIRELES, Hely Lopes, op. cit., p. 313.

³⁴ Fernandes, Jorge Ulisses Jacoby. *In Sistema de Registro de Preços e Pregão*, Belo Horizonte, Fórum, 2003, p. 491.

³⁵ Justen Filho, Marçal, op. cit., p.143.

dias úteis, tendo como marco da contagem a data da publicação do aviso (Art. 4º, V). Destacamos que o prazo de oito dias úteis configura, nos termos da lei, prazo mínimo, podendo, em consequência, ser fixado prazo maior. Aliás, em determinadas situações será impositiva a fixação de prazo mais alongado, sob pena de nulidade da licitação. A respeito de tal particularidade, Marçal Justen Filho³⁶ é enfático:

A Lei nº 10.520 alude ao prazo mínimo de oito dias úteis. Isso não significa impossibilidade de adoção de prazos mais longos. Aplicam-se, nesse ponto, os princípios gerais de Direito Administrativo. A fixação de oito dias úteis pode ser inválida quando caracterizar modalidade de desvio de finalidade, tendo em vista a frustração dos princípios da competitividade e da isonomia. Suponha-se licitação para aquisição de grande quantidade de produtos, com prazo imediato de entrega. Somente poderiam participar os licitantes que dispusessem dos produtos em estoque ou que já soubessem, de antemão, das condições da disputa. A conjugação do prazo de oito dias úteis com a previsão de entrega imediata caracterizaria indevida frustração à possibilidade de ampla participação do certame.

Podemos afirmar assim, que as normas de divulgação do pregão, bem como das demais modalidades de licitação, primam, sempre, pela observância do princípio da publicidade, podendo sua inobservância acarretar a nulidade do certame.

Tratando-se de pregão, há o credenciamento quando o licitante elege, a outrem para representá-lo na sessão do pregão, mediante a outorga de suficientes poderes para o cumprimento de tal mister.

Após o credenciamento inicia-se a sessão do pregão e mais uma vez recorreremos ao mestre Jorge Ulisses Jacoby Fernandes³⁷ que se espelha à luz da legislação vigente, para estruturar o procedimento da sessão do pregão na seguinte ordem: abertura; coleta de declaração de habilitação; entrega de envelopes, proposta e habilitação; abertura e verificação da conformidade das propostas; seleção dos lançadores; fase de lances; julgamento e classificação das propostas; decisão sobre a aceitabilidade da proposta; abertura do envelope de habilitação; julgamento da habilitação e declaração do vencedor.

O pregoeiro procede à abertura dos envelopes das propostas, verificando sua conformidade com as especificações constantes do edital e classificando a proposta de menor valor e as demais que sejam superiores a esta, considerando o limite de 10% (dez por cento). Caso não existam no mínimo 03 (três) propostas dentro da faixa de porcentagem determinada em lei, isto é, dentro do limite de 10% (dez por

³⁶ Justen Filho, Marçal, op. cit., p.103.

³⁷ Fernandes, Jorge Ulisses Jacoby, op. cit., p. 491.

cento), o pregoeiro classificará as 03 (três) propostas sequenciais que representem os menores valores.

Tal inovação inserida pela Lei nº 10.520/2002 veio a inibir a apresentação de propostas superfaturadas por parte das concorrentes já que, visando maiores lucros, seria o procedimento usual. Este posicionamento é defendido por Marçal Justen Filho³⁸:

Se todos os licitantes fossem admitidos a participar da segunda etapa, haveria um desincentivo à formulação de propostas escritas mais reduzidas. A fase de propostas tornar-se-ia algo inútil, eis que todos os interessados proporiam valores maiores e aguardariam pelo desenlace da segunda etapa. Em última análise, a etapa de propostas passaria a ter utilidade apenas para exclusão das propostas irregulares.

Passa-se então a etapa da habilitação, e observa-se neste momento uma das maiores vantagens do pregão, destacada por Hely Meireles³⁹:

Inverte-se a ordem procedimental: procura-se verificar primeiro quem venceu a etapa comercial, para depois conferir os documentos de habilitação do vencedor. Suprime-se, assim, tempo precioso despendido no exame da documentação de concorrentes que foram eliminados no julgamento das propostas.

Todos os licitantes que apresentarem propostas em valor superior até o limite de 10% da proposta de menor valor serão igualmente admitidos à fase de lances. Destacamos que o julgamento de preços no pregão presencial ocorre em duas etapas. Numa primeira, pré-qualifica-se aqueles que irão ofertar lances, e, na segunda, o verdadeiro pregão, define-se o vencedor como sendo aquele que, ao término dos lances, ofereceu o menor preço para o objeto licitado.

Definidos quais os licitantes passarão à fase de lances, esta terá início, disciplinada pelo art. 11, IX, do Anexo I, do Decreto nº 3.555/00, cuja redação se encontra assim vazada: “O pregoeiro convidará individualmente os licitantes classificados, de forma sequencial, a apresentar lances verbais, a partir do autor da proposta classificada de maior preço e os demais, em ordem decrescente de valor.”

Não esquecendo que o critério de julgamento na modalidade tipo pregão é a oferta do menor preço, a etapa de lances é encerrada quando ninguém ofertar lance em valor mais baixo em relação ao último que fora proferido. Contudo, nesta etapa o ilustre José dos Santos Carvalho Filho, destaca que devem ser examinadas outros

³⁸ Justen Filho, Marçal, op. cit., p.121.

³⁹ MEIRELES, Hely Lopes, op. cit., p. 312.

aspectos contemplados no edital, como prazo de fornecimento, especificações técnicas e padrões mínimos de desempenho e qualidade⁴⁰.

Julgadas e classificadas as propostas, caberá ainda ao pregoeiro o exame acerca da aceitabilidade da proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor. É nesse momento que proceder-se-á ao chamado exame de inexecuibilidade da proposta, permitindo a desclassificação quando o preço ofertado, não comportar a presunção de que o contrato será efetivamente executado. O pregoeiro poderá entender também que a proposta é inaceitável quando, o objeto da futura contratação, não atender às especificações técnicas ou ao padrão mínimo de qualidade. Se o licitante vencedor for inabilitado, o pregoeiro analisará os documentos de habilitação apresentados pelo licitante que estiver em segundo lugar na ordem de classificação, e assim continuará procedendo até que encontre um licitante que atenda integralmente às condições da habilitação fixadas no edital.

Decidindo o pregoeiro que a proposta é aceitável, passar-se-á à abertura do envelope de habilitação. Estando em ordem os documentos de habilitação, o licitante classificado em primeiro lugar na segunda classificação provisória será declarado vencedor, sendo-lhe adjudicado o objeto do certame.

Comprovamos com isso, que a regra do pregão no que tange aos procedimentos prevê a inversão das fases de habilitação e classificação dos licitantes, permitindo que seja examinada somente a documentação do participante que tenha apresentado a melhor proposta. Ressaltamos que a Lei do pregão, nesta etapa, em seu Art. 4º, XIII, dispõe que:

[...] XIII - a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira.

Na sequência, o pregoeiro abre oportunidade para que os licitantes manifestem imediata e motivadamente intenção de recorrer da decisão. Assim, encerra-se a sessão, elabora-se respectiva ata na qual devem estar registrados os nomes dos licitantes e seus representantes legais devidamente identificados,

⁴⁰ Cf. FILHO, Carvalho, José dos Santos, op. cit., p. 291.

detalhamento de propostas classificadas e desclassificadas, constando, inclusive, fundamento para tanto, valores das propostas escritas, registro de lances verbais, dados sobre habilitação e motivação de eventual manifestação em recorrer.

O momento próprio para a interposição de recursos ocorre ao final da sessão do pregão, após a declaração do resultado do vencedor da licitação. A ausência de manifestação imediata e motivada do licitante implicará na decadência do direito à interposição do recurso e na adjudicação do objeto da licitação, pelo pregoeiro, ao vencedor. O prazo para a apresentação das razões recursais é de três dias, contados da manifestação imediata e motivada do licitante de que está interpondo recurso. O que caracteriza outra vantagem expressa desse tipo de modalidade, uma vez que minimiza a possibilidade de litígios, pois dispendo os licitantes apenas de uma oportunidade para interporem recursos administrativos, deverão estar presentes à sessão do pregão e manifestar motivadamente a intenção de recorrer, tendo que delinear os motivos dos futuros recursos, sendo vedada a intenção de recorrer somente para garantir-lhes a disponibilidade do prazo.

Após a adjudicação, o pregão será homologado pela autoridade competente, encerrando-se, assim, a fase externa do pregão.

2.3 PROCEDIMENTOS DO PREGÃO ELETRÔNICO

O pregão eletrônico apresenta diversas peculiaridades em relação ao pregão comum. É regulamentado atualmente no art. 2º, § 1º, da Lei nº 10.520/02 que permite a possibilidade do pregão ser realizado por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação. Esse dispositivo foi regulamentado para ordem federal, por meio do Decreto nº 5.450/05 que revogou o Decreto nº 3.697/00, que regulamentava o parágrafo único do art. 2º da Medida Provisória nº 2.026-7/00, a qual, por sua vez, definiu inicialmente o pregão e hoje está convertida na Lei nº 10.520/02, como já citado anteriormente neste estudo.

O sistema que promove a licitação por internet é dotado de recursos de criptografia e de autenticação que garantem condições de segurança em todas as etapas do certame e recebe o apoio técnico e operacional da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão,

que atuará como provedor do sistema eletrônico para os órgãos integrantes do Sistema de Serviços Gerais-SISG.

Apesar das peculiaridades próprias, na fase interna, o pregão eletrônico, pouco difere da fase interna do pregão presencial, devendo seguir as mesmas orientações legais, contudo acrescentado-se a data e o horário para a realização do pregão eletrônico e a designação do site onde ocorrerá o evento, registrado o edital em uma home Page previamente determinada.

Nessa forma de pregão, há necessidade de prévio credenciamento perante o provedor do sistema da autoridade competente do órgão promotor da licitação, do pregoeiro, da equipe de apoio e dos licitantes que participarão do pregão na forma eletrônica, segundo o artigo 3º do Decreto nº 5.450/2005, que em seus parágrafos determina:

§ 1º O credenciamento dar-se-á pela atribuição de chave de identificação e de senha, pessoal e intransferível, para acesso ao sistema eletrônico.

§ 2º No caso de pregão promovido por órgão integrante do SISG, o credenciamento do licitante, bem assim a sua manutenção, dependerá de registro atualizado no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF.

§ 3º A chave de identificação e a senha poderão ser utilizadas em qualquer pregão na forma eletrônica, salvo quando cancelada por solicitação do credenciado ou em virtude de seu descadastramento perante o SICAF.

§ 4º A perda da senha ou a quebra de sigilo deverá ser comunicada imediatamente ao provedor do sistema, para imediato bloqueio de acesso.

§ 5º O uso da senha de acesso pelo licitante é de sua responsabilidade exclusiva, incluindo qualquer transação efetuada diretamente ou por seu representante, não cabendo ao provedor do sistema ou ao órgão promotor da licitação responsabilidade por eventuais danos decorrentes de uso indevido da senha, ainda que por terceiros.

§ 6º O credenciamento junto ao provedor do sistema implica a responsabilidade legal do licitante e a presunção de sua capacidade técnica para realização das transações inerentes ao pregão na forma eletrônica.

No pregão eletrônico, os licitantes poderão registrar no sistema suas propostas contendo descrição detalhada do objeto e preço ofertado, a partir da divulgação do edital. Tal possibilidade encerra-se automaticamente na data e horário determinados em edital para abertura da sessão e até este momento também, as propostas encaminhadas poderão ser alteradas ou retiradas do sistema.

O licitante, para participar da sessão de pregão, deverá ter senha privativa e manifestar em campo próprio do sistema eletrônico, que cumpre plenamente os requisitos de habilitação e que sua proposta está de acordo com as exigências contidas no edital. Tanto o pregoeiro como os licitantes devem registrar suas chaves de acesso e respectivas senhas para participar da sessão de pregão.

Aberta a sessão ao comando do pregoeiro, este analisará as propostas para verificar a compatibilidade do objeto ofertado em comparação ao exigido no instrumento convocatório.

Determinam os parágrafos 2º e 3º do artigo 22 do Decreto nº 5.450/2005:

§ 2º O pregoeiro verificará as propostas apresentadas, desclassificando aquelas que não estejam em conformidade com os requisitos estabelecidos no edital.

§ 3º A desclassificação de proposta será sempre fundamentada e registrada no sistema, com acompanhamento em tempo real por todos os participantes.

Tal avaliação é de primordial importância, pois garante que o objeto ofertado corresponde ao especificado pela Administração para suprir suas necessidades e que haverá isonomia no julgamento das propostas, já que o critério de menor preço adotado deve ser relativo ao mesmo material ou serviço ofertado, evidentemente, notando-se as diferenças que não interfiram em suas descrições básicas.

Cabe ao pregoeiro o poder para desconectar licitantes cuja conduta revele-se reprovável, e, como bem adverte Marçal Justen Filho, “A desconexão está para o pregão eletrônico como a exclusão do recinto está para o pregão comum”⁴¹.

Note-se que no pregão eletrônico não será apresentada a documentação de habilitação juntamente com a proposta de preços, o que constitui regra no pregão presencial, aí residindo uma significativa diferença entre os procedimentos de uma e de outra modalidade. No pregão eletrônico o licitante formula sua proposta de preços e nada mais, pois a documentação relativa à habilitação será apresentada ao final.

O pregoeiro e os representantes dos fornecedores, cujas propostas foram classificadas entram numa sala virtual de disputa. Em seguida, partindo-se do menor preço oferecido nas propostas iniciais, os fornecedores oferecerão, em tempo real, lances sucessivos e de valor sempre decrescente, até que seja proclamado um vencedor (aquele da proposta de menor preço). Não serão aceitos dois ou mais lances iguais, prevalecendo aquele que for recebido e registrado primeiro (art. 7º, XI, do Decreto nº 3.697/00). Por determinação legal, o encerramento do pregão ocorrerá, por decisão do pregoeiro, somente se previsto no edital, ou pelo sistema, que encaminhará aviso de fechamento iminente dos lances, de acordo com o

⁴¹ Justen Filho, Marçal, op. cit., 228.

transcurso do tempo previsto em edital e ainda após a emissão do aviso, mais um tempo aleatório de até 30 minutos.

Outra diferença substancial entre os pregões eletrônico e presencial é que, no primeiro, todos os licitantes que não forem excluídos da licitação em razão da formulação de propostas que, estejam desconformes com as exigências legais, regulamentares e editalícias passarão à fase de lances. Nesse contexto, perde importância a apresentação da proposta de menor preço, que no pregão físico é fundamental, pois nessa modalidade de pregão é a partir da formulação de tal proposta que os demais licitantes serão admitidos à fase de lances, pois todos os competidores que formularem propostas superiores à de menor preço, até o limite de dez por cento (e que, obviamente, não formulem propostas em desconformidade com o edital), avançarão na licitação, podendo, assim, ofertar os seus lances, já especificado quando tratamos do pregão presencial. Outra peculiaridade do pregão eletrônico é que cada licitante poderá efetuar seu lance sem uma ordem preestabelecida e na medida de sua conveniência, não havendo obrigatoriedade na sua formulação, a exemplo do que acontece no pregão presencial, que estabelece ser o licitante que apresentou a proposta de maior valor (quando da formulação das propostas escritas) o primeiro a formular o lance, e assim sucessivamente, até que se chegue no licitante que formulou a proposta de menor valor, pois esse será o último competidor a efetuar o lance.

É Marinela que vem nos esclarecer sobre os requisitos exigidos para habilitação. Afirma a mestra que a habilitação dos licitantes será verificada, por meio do SICAF. Os documentos exigidos para habilitação que não estiverem contemplados no SICAF ou o envio de anexos quando necessários deverão ser apresentados via fax, no prazo definido no edital após solicitação do pregoeiro no sistema eletrônico e apresentados em original, ou por cópia autenticada, nos prazos estabelecidos no edital⁴².

No pregão eletrônico, há clara diferenciação no que tange ao processamento dos recursos, até mesmo pela natureza desta modalidade licitatória, vez que nesta última os licitantes não estão, do ponto de vista físico, presentes em determinado prédio da Administração Pública, onde o certame acontece. Todos os atos procedimentais são realizados à distância, com os recursos da tecnologia da

⁴² MARINELA, Fernanda, op. cit., p.414.

informação (TI), ou seja, via *Internet*. Assim, após declarado o vencedor, qualquer licitante poderá de forma imediata manifestar sua intenção de recorrer, quando então lhe será concedido o prazo de três dias para envio de memoriais. A falta de manifestação imediata e motivada do licitante acarretará decadência do direito de recorrer e adjudicação do objeto ao licitante vencedor (art. 4º, inciso XX, da Lei nº 10.520/02). Exige a lei que tal manifestação seja feita motivadamente (art. 4º, inciso XVIII). A inovação, em contraste com a lei geral é que os recursos não terão efeito suspensivo.

Com o julgamento dos recursos e verificada a regularidade dos atos praticados, a autoridade competente adjudicará o objeto e homologará o procedimento licitatório. Gustavo Amorim lembra ainda que, sendo o caso de contratação de serviços em que se exigiu planilha de custos, o vencedor deverá reajustá-la ao valor da proposta acolhida e enviá-la para o sistema⁴³.

Após a homologação, o adjudicatário será convocado para assinar o contrato no prazo definido no edital.

2.4 ESPECIFICIDADES EM RELAÇÃO AS DEMAIS MODALIDADES

2.4.1 MODALIDADE COM PROPÓSITO DE ADQUIRIR BENS E SERVIÇOS COMUNS;

O pregão é uma modalidade de licitação, cujo uso, diferente daquelas tradicionais da concorrência, da tomada de preços e do convite, não se define em face do valor que se pretende despende com a compra ou o serviço a ser no futuro contratado. Pelo contrário, trata-se de modalidade apta a substituir qualquer uma das três anteriormente citadas, desde que se faça com o propósito de adquirir bens e serviços considerados comuns.

⁴³ Amorim, Gustavo Rodrigues. *Licitação Eletrônica – Pregão Eletrônico: o marco normativo da tecnologia da informação nos contratos públicos* – 1ª edição, Anhanguera Editora Jurídica – Leme/SP – Edição 2010, p. 260.

A utilização da cláusula “bem ou serviços comum” produz a vinculação do administrador, que deverá apurar a configuração de tal pressuposto para avaliar o cabimento da adoção do pregão. Somente depois de comprovada a existência de um bem ou serviço comum é que se poderá cogitar de discricionariedade, eis que o agente administrativo deverá apurar se o pregão será a modalidade efetivamente mais adequada, no caso concreto, para selecionar a melhor oferta, tal como ocorre quando se opta por utilizar concorrência em hipótese em que tomada de preços seria suficiente para atender a à Lei n.º 8.666⁴⁴.

Podemos desta forma, definir que o conceito de “bem ou serviço comum” pressupõe a existência de um objeto ou serviço destituído de especificações, de peculiaridades, que demanda, indagações sobre seu fornecimento ou distribuição.

Traremos sobre as especificidades do que seja caracterizado com bens e serviços comuns na sequência.

2.4.2 MODALIDADE DEFINIDA PELO MENOR PREÇO;

No pregão, o único tipo de licitação aplicável é o de menor preço/menor desconto, sendo incompatíveis com tal modalidade os tipos: melhor técnica e técnica e preço. Essa inconciliação ocorre tanto pelo fato da simplicidade do objeto a ser contratado quanto pela celeridade que se espera alcançar, uma vez que a Norma de Licitações e Contratos prevê que as demais modalidades podem ser definidas pela melhor técnica e/ou pela técnica e preço, de acordo com que for expresso no edital.

2.4.3 MODALIDADE QUE PREVÊ A CONTRATAÇÃO DIRETA, CASO SEJA CONSIDERADO O PREGÃO DESERTO;

O Pregão é considerado deserto quando não comparecem interessados no certame. Como se aplicam as normas contidas na Lei nº 8.666/93 nos casos em que o decreto regulamentador do pregão for omissivo, conforme dispõe o próprio artigo 9º

⁴⁴ Justen Filho, Marçal, op. cit., 33.

da Lei do Pregão, deve a Administração observar se há irregularidades ou cláusulas restritivas no instrumento convocatório e caso essas cláusulas não existam, torna-se possível a contratação direta do fornecedor, com fulcro no artigo 24, inciso V, da Lei nº 8.666/93⁴⁵.

2.5 ESPECIFICAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS COMUNS

O pregão, em ambas as modalidades, destina-se à aquisição de bens e serviços comuns e para tal, Marçal Justen Filho⁴⁶ discorre, sobre a definição do objeto no pregão, fazendo considerações dignas de registro:

Como o pregão destina-se apenas à contratação de bens e serviços “comuns”, é indispensável que o edital estabeleça os requisitos objetivos e padronizados de identificação do objeto. Ou seja, existe contradição entre o conceito de “objeto comum” e a formulação de minuciosas e especiais exigências. Justamente porque se trata de um bem ou serviço comum, presume-se que a descrição é simples, fácil e sumária. Quanto mais exigências ou requisitos se colocarem acerca do objeto, tanto menos ele se caracterizará como comum. Mais especificamente, se um bem ou serviço qualificável como comum for insuficiente para satisfazer o interesse público, do que deriva a necessidade de a Administração produzir especificações complementares e outras exigências que transformarem o bem ou serviço em não comum – é evidente que o pregão será incabível.

Antes da edição de tal regulamento (Decreto 3.555/00), dúvidas pairavam sobre o que poderia estar inserido na denominação bens e serviços comuns, sendo inferido apenas que, por se tratar de modalidade célere, deveriam ser aqueles de utilização habitual na Administração Pública. A suspeita se confirmou com a edição do regulamento que previu, em seu anexo, a classificação, tendo como exemplo bens de consumo como água mineral, combustível e lubrificante, gás, gênero alimentício, material de expediente, material hospitalar, médico e de laboratório, medicamentos, drogas e insumos farmacêuticos, materiais de limpeza e conservação, oxigênio, mobiliário, veículos automotivos em geral, assim como serviços de assinatura de jornal, de ascensorista, de copeiro, dentre outros. Com isso, pretendeu-se implementar maior celeridade na aquisição de bens e contratação

⁴⁵ Art. 24. É dispensável a licitação: (...) V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;

⁴⁶ Justen Filho, Marçal, op. cit., p. 69.

de serviços de utilidade diária da Administração Pública, afastando, num primeiro momento, da incidência das demais modalidades licitatórias prevista na Lei nº 8.666/93. Gustavo Amorim⁴⁷, de forma clara discorre sobre essa situação, esclarecendo que:

[...] os bens e serviços, estejam ou não descritos nos anexos do decreto, são do tipo facilmente individualizáveis e encontrados de forma padronizada no mercado, ou seja, suas especificações, características, padrões de desempenho e de qualidade, são (ou devem ser) percebidas de antemão.

A listagem publicada no decreto não pretendeu esgotar o conjunto de bens e serviços que atendem aos requisitos da legislação, de forma que deverá ainda ser expandida no futuro, com a incorporação de outros itens, mediante edição de decreto.

Jurisprudência do TCU:

“Há que se ressaltar que o Tribunal já firmou entendimento (Decisões nº 343/2002-P, 384/2002-P e Acórdão 615/2003 – Primeira Câmara) no sentido de que a lista de serviços constantes do Anexo II do Decreto nº 3.555/2000 não é exaustiva, haja vista a impossibilidade de relacionar todos os bens e serviços comuns utilizados pelas administração.” (Acórdão n.º 434/2004, Plenário, rel. Min. Ubiratan Aguiar)

Ainda sobre a vinculatividade da “lista”, Marçal Justen Filho⁴⁸, traz comentários relevantes, razão pela qual transcrevemos na íntegra:

Não é possível assemelhar-se a discussão sobre a lista regulamentar de bens e serviços comuns a uma outra hipóteses clássica, prevista no art.156, inc. III, da CF/88. Essa regra constitucional alude à competência municipal para tributar serviços de qualquer natureza “definidos em lei complementar”. O dispositivo despertou enormes disputas doutrinárias e jurisprudenciais e foi solucionado pelo STF no sentido da natureza exaustiva da lista de serviços. O entendimento não pode ser estendido ao caso presente, que se caracteriza por três diferenças marcantes.

Em primeiro lugar, a Constituição não definiu de modo mais precioso o conceito de serviços de qualquer natureza. Já a Lei n.º 10.520 forneceu, ainda que de modo precário, uma definição de *bem ou serviço comum*.

Em segundo lugar, a Constituição fez explícita referência a que os serviços seriam aqueles definidos em lei complementar. Já a Lei nº 10.520 não consagrou solução dessa ordem, em que incumbiria a um diploma normativo complementar a enumeração de serviços relevantes.

Em terceiro lugar, a Constituição produziu uma atribuição de competências em prol de lei complementar. Seria inconstitucional que uma lei produzisse solução equivalente em favor de um decreto. A tanto se oporia o princípio da separação dos poderes, pelo qual se restringe ao Poder Legislativo a competência para editar normas jurídicas de cunho inovador.

Como decorrência, a lista constante do Anexo II do Dec. nº 3.555 (com as alterações subseqüentes) apresenta um certo cunho exemplificativo, com forte conotação de sugestividade. Assim se entende porque nem a lista exauriu todas as hipóteses de bens e serviços comuns nem é possível

⁴⁷ Amorim, Gustavo Rodrigues, op. cit., p. 260.

⁴⁸ Cf. Justen Filho, Marçal, op. cit., p. 45-46.

defender que toda e qualquer situação subsumível à lista configuraria bem ou serviço comum.

Um esclarecimento importante em relação à classificação dos bens e serviços comuns refere-se à não-inclusão dos equipamentos, programas e serviços de informática, exceto os de digitação e manutenção de equipamentos, por força de normatização em vigor que estabelece a obrigatoriedade, nas contratações de bens e serviços de informática e automação, da licitação de tipo “técnica e preço” (Lei n.º 8.248, de 23 de outubro de 1991 e Decreto n.º 1.070, de 2 de março de 1994). Cabe aqui ressaltar uma vez que está na própria Lei de Licitação que o tipo de licitação de “técnica e preço”, destina-se tão somente a contratações de objetos e produto predominantemente intelectual, e é fato que há serviços e bens de informática que não se classificam como bem ou serviço predominantemente intelectual⁴⁹.

Também não podem ser licitadas sob a modalidade de pregão, a contratação de obras e serviços de engenharia, as locações imobiliárias e as alienações em geral (art. 6º, Decreto nº 3.555/00), sendo bem ou serviço comum, para fins da adoção de pregão, aquele que pode ser adquirido no mercado sem maior dificuldade, nem demanda de maior investigação acerca do fornecedor. Contudo, encontramos juristas que fazem uso de argumentos para contradizer essa afirmação, e explicitam para tal que, uma vez que a Lei nº 10.520/2000 silencia a respeito, não é compreensível que um decreto, de nível inferior à Lei, a contradiga e proíba a aplicação para obras e serviços de engenharia, pois, como explica Gustavo Amorim⁵⁰, tanto um como outro podem ser considerados comuns, através do confronto de especificações e padrões de desempenho e qualidade encontráveis no mercado. Ainda baseados em argumentos do autor, se o objetivo da Administração é um serviço de engenharia oferecido no mercado, com certo grau de homogeneidade na maneira em que é prestado, cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser equiparados, ou ser equivalentes, tem-se a frente um serviço de engenharia comum, podendo-se dessa forma contratá-lo através do procedimento pregão.

⁴⁹ A exemplo: portáteis, modems, computadores de mesa, que são bens do tipo comum e também serviços do tipo digitalização de documentos, provedores de acesso a Internet, entre outros.

⁵⁰ Amorim, Gustavo Rodrigues, op. cit., p. 280.

Scarpinella⁵¹ vê uma dúvida de interpretação quanto ao tema, pois há uma grande quantidade de bens produzidos em escala industrial, prontos para o consumo, para cuja aquisição não teria em conta, de nenhuma maneira, a utilização do tipo de licitação de técnica e preço. E sua opinião, no caso de haver dúvida sobre a aplicabilidade ou não do pregão, que tem certas vantagens para a Administração, simplicidade e racionalidade do procedimento, o órgão contratante optando por não aplicá-lo deve motivar seu convencimento.

Desta forma, nos remetemos à observação do catedrático Gustavo Amorim que reforça nosso pensamento, quando afirma que não crê haver novidade na lei do pregão ao estatuir a categoria de bem comum, nem sua caracterização baseada em critérios para definir suas especificações, ressalta ainda o autor que o que há de novo é sua construção formal, em um novo modelo de licitação, seja na forma presencial ou eletrônica⁵².

⁵¹ Scarpinella, apud Amorim, Gustavo Rodrigues, op. cit., p. 283.

⁵² Amorim, Gustavo Rodrigues, op. cit., p. 259.

3 AS NOVAS TECNOLOGIAS NOS CONTRATOS PÚBLICOS NA FORMA DE PREGÃO ELETRÔNICO

A inclusão da informática, tendo por base a tecnologia de informação, amplia a possibilidade de maior participação nos procedimentos de licitação e deu maior eficiência ao processo, na medida em que reduziu os custos envolvidos de forma a possibilitar um aumento dos fornecedores cadastrados. Como já esclarecido todo processo acontece por meio da tecnologia de informação, via *web*, não precisando as empresas se deslocar até o local da licitação, o que reduz os custos com viagens e diárias. Contudo o já citado Professor Marçal Justem Filho⁵³ assevera críticas, afirmando que está aplicação da informática ao Direito tem sido marginal e que o pregão é uma das modalidades de “incorporação do progresso tecnológico para modificar qualitativamente os instrumentos da produção jurídica”. É Gustavo Amorim que vem rebater essa afirmação, em trecho que discorreremos na íntegra:

Considerando-se que aos pouco se vão criando e ampliando as novas tecnologias da informação e da comunicação de forma cada vez mais intensa nos procedimentos administrativos, em específico, e na prática jurídica em geral, como no comércio eletrônico, deixa a tecnologia de ter apenas aplicação de caráter marginal, de aplicação a automatização de rotinas internas passando a fazer parte da essência da prática jurídica⁵⁴.

Desta forma, podemos afirmar que o próprio desenvolvimento da Internet possibilitou o crescimento desse processo, uma vez que é cada vez mais crescente o número de cidadãos que já tem a disposição computadores com acesso a internet, possibilitando que, mesmo com a afirmação de alguns pesquisadores de que as “quantidades de acesso ainda são pequenas”, o número de participantes na sessão virtual seja maior que na sessão presencial, uma vez que os custos com deslocamento são reduzidos, além do fato da maior publicidade, proporcionada pela

⁵³ Justen Filho, Marçal, op. cit., p. 213.

⁵⁴ ⁵⁴ Amorim, Gustavo Rodrigues, op. cit., p. 252.

Internet, ou seja, o processo de convocação, chegando a uma quantidade maior de interessados.

O autor Wellington de Sousa⁵⁵, em trabalho de produção científica, comprovou através de pesquisa que o desconhecimento operacional do sistema, ou seja, a formação do fator humano não habilitado para tal procedimento, ainda é um fator que infere dificuldades na implantação do pregão eletrônico, sendo que, se esse desconhecimento é igual para todos, é justamente o interesse dado à citada modalidade de licitação que gerará incentivo para obtenção de melhores resultados, motivando o treinamento para os profissionais que possam assumir essa função na instituição, podendo trazer relevantes resultados à empresa que se habilitar a participar das concorrências, via modalidade do pregão eletrônico. O autor ainda aponta outras dificuldades que diz respeito às falhas do sistema e à greve nas instituições bancárias, mas nada que acarretará de forma significativa a diminuição da participação nos procedimento de licitação, pela modalidade pregão eletrônico.

3.1 A ADMINISTRAÇÃO ELETRÔNICA E O DIREITO ADMINISTRATIVO

Faz-se necessário destacar que apesar da Administração Pública ter incluído o princípio da eficiência no projeto da Emenda Constitucional nº 19/98, no rol de preceitos constitucionais que devem ser obedecidos pela administração pública de todos os entes da Federação, a demora e a ineficiência no Direito Administrativo são fatos reais que merecem ser comentadas à luz dos benefícios oferecidos pela Administração Eletrônica.

Por conta do crescimento significativo no ritmo da tecnologia de informação, gerado pelo maior acesso à internet, foi natural que a gestão pública buscasse otimizar seus procedimentos administrativos, ampliando o uso de processos e documentos eletrônicos, intensificando a necessidade da informática em diversos setores do Governo Federal, que conseqüentemente implantou sistemas integrados

⁵⁵ Trabalho apresentado no 3º FUCAPE – Simpósio de Produção Científica sob título de “Um estudo sobre a viabilidade de implantação do pregão eletrônico e uma contribuição na apuração dos resultados nos processos licitatórios.

de Administração Financeira e de Pessoal, sistema de compras pela Internet e sistema de certificação digital. Desta forma, cresce a Administração Eletrônica, gerando resultados no desenvolvimento da atividade administrativa de modo mais eficaz, mediante a automação de rotinas e atos processuais, permitindo uma série de vantagens, a exemplo da redução de custos e, como já citado e parte do objetivo desse estudo, maior celeridade e transparência nos processos licitatórios.

É claro que essa mudança na cultura organizacional, mediante a implantação de uma sistemática de trabalho mais ágil e que depreende menos tempo, utilizando de recursos da tecnologia de informação, implica em mudanças e gera necessidade de formação da técnica humana, contudo no que tange aos processos licitatórios, é comprovado o crescimento acompanhado técnica e operacionalmente pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, representado pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação – SLTI.

Davi Beltrão de Rossiter Corrêa⁵⁶, servidor público federal e advogado, em artigo publicado na Revista Jus Navigandi, cita as vantagens da formalização da política eletrônica do Governo Brasileiro em outras esferas, em razão de que reproduzimos na íntegra as considerações do autor:

A formação e tramitação de processos em meio virtual demanda um número menor de servidores do que o necessário no modelo tradicional, em decorrência da automação de atividades antes realizadas por humanos, permitindo o aproveitamento de servidores, antes encarregados de rotinas burocráticas suprimidas ou minimizadas pelo processamento eletrônico, em outras áreas do órgão. Esta automação de rotinas é apontada como a razão principal da celeridade e eficiência obtidas com a implantação do processo eletrônico, pois essa nova tecnologia permite a realização de tramitação e acesso aos autos e documentos a qualquer momento por meio eletrônico, com conseqüente redução de tempo. Exemplos de atividades passíveis de automação são: o recebimento de petições, a autuação de processos, juntada de documentos, contagem de prazos, realização de intimações, consulta a processos, remessa dos autos para o arquivo ou outra unidade organizacional, elaboração de relatórios sobre processos ativos e arquivados.

O nobre autor Gustavo Amorim, arremata e confirma, que a prestação de serviços pela Administração Pública através da Internet é o ponto mais importante dessas novas relações⁵⁷ e reforça com comentário de Relyea e Hogue⁵⁸:

A Internet torna-se o objeto central do estudo do Direito Administrativo da sociedade de informação. A grande rede proporcionará conexões com a

⁵⁶ Disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/autor/davi-beltrao-de-rossiter-correa>

⁵⁷ Amorim, Gustavo Rodrigues, op. cit., p. 38.

⁵⁸ Relyea, Harold c. e Hogue, Henry B., apud Amorim, Gustavo Rodrigues, op. cit., p. 39. .

sociedade, e interconexões entre organismos públicos, de uma forma inimaginável mesmo nos primórdios de sua comercialização, quando deixou de ser a rede de computadores com fins de pesquisa e militar, nos Estados Unidos da América. O núcleo das novas tecnologias da informação e da comunicação é a Internet. Uma rede de computadores interligados caracterizada pela descentralização, o que significa que não há um centro tecnológico donde partam os envios de dados ou de onde se acessem os mesmo, inexistindo tampouco um centro físico que dirija a transmissão de mensagens. Nascendo de experiências militares nos Estados Unidos, nos anos sessenta, com o intuito de construir uma rede de informações independentes, sem um centro físico, significando a possibilidade de paralisado ou sem acesso um ou alguns dos centros de irradiação e estudo, a rede permaneceria intacta, e os outros departamentos não deixariam de transmitir informação, e os computadores em rede poderiam ser acessados e compartilhados.

Para tal, a Administração Pública, deve além de garantir o acesso facilitado, assegurar a privacidade em páginas *web* seguras, reconhecendo as informações jurídicas observadas através da tecnologia de informação, a partir de requisitos de segurança, a exemplo da inalterabilidade e autenticidade.

3.2 A TRANSPARÊNCIA E O CONTROLE DOS ATOS PRATICADOS NO PREGÃO ELETRÔNICO

Podemos afirmar que o princípio da transparência, é umas das prerrogativas fundamentais no combate a corrupção. Por transparência devemos entender ampliação do acesso às informações que pode ter um cidadão comum a atos da Administração Pública. Sendo assim, o pregão eletrônico tem a vantagem de utilizar uma total divulgação de informações o que tornam as licitações através desta modalidade mais transparentes do que as demais formas de compras.

A transparência nos remete a justiça, uma vez que acompanhamos pelos diversos meios de comunicação, barbáries em relação à desvios nos processos licitatórios, superfaturamento de preços, manipulação de resultados, deixando as compras públicas vulneráveis a fraudes. A universalidade de participação de fornecedores dificulta as fraudes mencionadas acima, o que diminui a ocorrência de corrupção dos agentes públicos. Na modalidade pregão eletrônico, os licitantes que se credenciam a Internet, no endereço eletrônico, são identificados por pseudônimos, ou seja, não reconhecem os outros licitantes, impossibilitando que

aconteça acordo entre eles⁵⁹, minimizando a redução de fraudes, além da condição que a segurança do armazenamento e da circulação das mensagens enviadas virtualmente é garantida por métodos criptográficos, considerados inquebráveis, tornado a informação ininteligível, de modo que nenhuma pessoa, a exceção do remetente e do destinatário possam decifrá-la, com o intuito de defender a confidencialidade dos dados enviados entre os licitantes e o pregoeiro, tornando o processo além de transparente, também seguro de alterações por terceiros, com interesses pessoais e não interesses sociais.

Acerca do uso da tecnologia de informação no que tange a utilização da modalidade Pregão eletrônico o ex- Presidente da República - Luis Inácio Lula da Silva explanou que: “É preciso revestir as licitações e contratos públicos de total transparência, mediante a universalização das tecnologias da informação e comunicação e possibilitar à sociedade o acesso a todos os atos dos procedimentos licitatórios⁶⁰”.

Portanto, a modalidade de pregão eletrônico apresenta vantagens não só competitivas em relação às demais modalidades licitatórias por expressar racionalização dos procedimentos, redução de custos para ambas as partes inseridas no processo, mas acima de tudo, garantir maior transparência e publicidade as etapas do certame, já que é uma disputa aberta via web, oportunizando acesso a um número maior de interessados que podem acompanhar o desenvolvimento da sessão pública e ter acesso a todos os atos e procedimentos praticados desde a abertura até o encerramento dos trabalhos pertinentes a esta modalidade licitatória.

⁵⁹ Cf. Amorim, Gustavo Rodrigues, op. cit., p. 256.

⁶⁰ Disponível em <http://www.pregao.com.br/sobrepregao.asp>

4 VANTAGENS DO PREGÃO ELETRÔNICO PARA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Há nítida tendência para a adoção do pregão como modalidade preferencial nas contratações da Administração Pública quando se trata da aquisição de bens e serviços comuns. Tanto assim, que o Decreto nº 5.450/2005 estipula que essa é a “modalidade obrigatória” para aquelas contratações quando promovidas pela União, como também será obrigatória, para aquelas contratações celebradas por outros entes da Federação ou por entidades privadas com recursos repassados voluntariamente pela União e que se refiram a obras, compras, serviços e alienações, contudo muitas reiterações são feitas em relação essa “obrigatoriedade”.

Recorremos a Gustavo Amorim⁶¹ quem vem nos esclarecer confirmando que é com a revogação e substituição do Decreto nº 3.697/00 exatamente pelo Decreto supracitado, nº 5.450/2005, que se determina essa “obrigatoriedade”, que em seu artigo 1º, estabelece o pregão realizado com tecnologia de informação como o destinado à aquisição de bens e serviços comuns, e, no artigo 4º, parágrafo único, enfatiza a obrigatoriedade do pregão, presencial ou eletrônico, priorizando-se, contudo o eletrônico, o qual só pode ser afastado em caso de inviabilidade devidamente fundamentada. Desta forma o autor afirma que o decreto resolve, ao menos no âmbito da União, a questão da preponderância do uso do pregão eletrônico, para as compras e contratação de bens e serviços comuns. Não nos detendo aqui ao fato de muitos juristas tratarem como inconstitucional esse decreto⁶².

Assim, depois de muitos debates sobre ser obrigatório ou não o uso desta modalidade para aquisição de bens e serviços comuns, entende-se que quanto aos poderes Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público – por possuírem autonomia administrativa (art. 127, § 2º, da CF/88) – e demais esferas de Administração (estadual e municipal), não estão obrigados a utilizar o pregão nas suas aquisições de bens e serviços comuns, mas, sempre que possível, devem adotar a nova modalidade, devido às vantagens apresentadas. Devendo considerar que a modalidade eleita, seja aquela que mais se ajuste ao princípio constitucional da **eficiência** (Grifo nosso).

⁶¹ Amorim, Gustavo Rodrigues, op. cit., p. 250.

⁶² Uma vez que como decreto, o dispositivo é inferior a Lei.

A indicação desta modalidade como preferencial trata-se de uma tentativa de o Poder Público desburocratizar o procedimento licitatório, procurando simplificá-lo para obter resultados em vista do interesse público⁶³. Reforçamos este pensamento, afirmando que a licitação na modalidade de pregão eletrônico oferece maior democratização das compras públicas, uma vez que há grande benefício por parte da sociedade nessa condução, pois qualquer cidadão interessado pode consultar os acontecimentos de um pregão, consequência das informações ficarem registradas através de atas eletrônicas no endereço do Comprasnet. Ressaltamos ainda que à medida que o processo é simplificado, essa modalidade passa a ser vista como a que oferece maior competitividade, pois é caracterizada pelo crescimento do número de fornecedores, uma vez que permite a racionalização dos procedimentos e ainda possibilita prazos menores para efetivação das etapas da licitação. Essa redução produz uma melhor programação de compras, por facilitar a realização de um maior número de pregões com menos itens envolvidos.

Em matéria de 12 de março de 2003⁶⁴, veiculada no site Comprasnet, sob o título “Quais os benefícios trazidos por um Pregão Eletrônico?” são demonstradas as seguintes vantagens:

A implantação de uma plataforma de comércio eletrônico gera um redesenho do processo de compras do órgão público, garantindo a efetiva redução de custos de materiais e serviços adquiridos, a melhoria do relacionamento comercial e desenvolvimento de fornecedores, além de trazer maior eficiência nos procedimentos administrativos e, conseqüentemente, mais transparência do processo de compras para a sociedade. Para melhor adequar a lei à realidade de compras existente, uma nova modalidade de licitação foi criada: o Pregão, alterando a lei das licitações. Uma solução eletrônica de compras garante a simplificação dos processos tradicionais, representando para a Administração Pública:

Economia: Redução nos custos dos processos internos de compras por realizar atividades administrativas de forma automática e eletrônica. Aplicação do número de fornecedores, aumentando a concorrência e assegurando melhores preços. Agilidade: Diminuição do tempo de compra, uso de telefone, fax e processamento para cada iniciativa de compra. Segurança: Garantia de compra uniforme e dentro das disposições legais, além de acesso somente para usuários autorizados. Confidencialidade das informações. Otimização de Pessoal: Redirecionamento de recursos humanos das atividades burocráticas, liberando tempo para negociação com fornecedores. Transparência: Divulgação de todas as etapas e participantes envolvidos nos processos de compras. Maior publicidade da licitação. Impessoalidade: O certame é realizado sem a presença dos interessados, diminuindo a área de influência pessoal.

⁶³ SPITZCOVSKY, Celso, op. cit., p. 291.

⁶⁴ Disponível em <http://treinamento.comprasnet.gov.br/noticias> e fonte Web Negócios Online.

4.1 O TRATAMENTO DIFERENCIADO DADO ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NO PREGÃO

O aumento da quantidade de pequenos fornecedores que passaram a disputar as licitações públicas pode ser explicado pelo tratamento diferenciado e favorecido estabelecido pela Lei Complementar nº 123/06 em favor das microempresas e empresas de pequeno porte, especialmente no que se refere à aplicabilidade de seus arts. 44 e 45 nas licitações desenvolvidas pela modalidade pregão, possibilitando assim, um grande avanço para inclusão de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações da Administração Pública.

O texto constitucional que permitiu a concretização desse preceito é categórico, quando assegura a efetivação desse princípio:

Art.179 A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Muitas críticas encontramos a respeito desse dispositivo, a exemplo do que reitera José dos Santos Carvalho Filho⁶⁵, quando discorre que o tratamento diferenciado e favorecido previsto no art. 179 da CF reflete hipótese de exceção quando confrontado com o art. 37, XXI, da CF, que consagra o princípio da igualdade entre os licitantes, contudo nos restringimos a analisar os benefícios trazidos aos microempresários, destacado neste estudo, como possibilidade de ampliação de participação nos processos licitatórios. Assim, o momento para aplicação das regras previstas nos arts. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/06 é aquele da aferição do empate, onde os dispositivos previstos nestes artigos assumem relevância, pelo menos no que se refere ao pregão em sua versão presencial, uma vez que somente o autor da oferta de valor mais baixo e aqueles com ofertas com preços até 10% superiores ingressarão na fase de lances (art. 4º, inc. VIII, da Lei nº 10.520/02). Havendo empate entre propostas, irá para fase seguinte a empresa que for identificada como microempresa ou empresa de pequeno porte, tendo como princípio a aplicação do direito de preferência.

⁶⁵ FILHO, Carvalho, José dos Santos, op. cit., p. 295 e 296.

O licitante identificado por Microempresa e empresa de pequeno porte, pode ainda formalizar uma nova propostas ao final da fase de lances, devendo fazê-lo verbalmente (no pregão presencial) ou por meio eletrônico (no caso de pregão eletrônico) o valor da nova proposta. Essa oferta deve ser inferior àquela até então melhor classificada e sua declaração tem efeito vinculante, esse dispositivo com base na interpretação literal do inc. I do art. 45 da Lei Complementar nº 123/06:

I- a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado.

Ao final da etapa competitiva, o pregoeiro deverá verificar a exeqüibilidade do menor lance, antes mesmo de se certificar sobre eventual ocorrência de empate, na forma dos arts. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/06. Se a melhor proposta for reputada exeqüível, caberá ao pregoeiro verificar se foi apresentada por licitante microempresa ou empresa de pequeno porte. Dessa verificação, decorrem duas possíveis situações: Em caso positivo, a licitante microempresa ou empresa de pequeno porte será declarada vencedora da fase de lances e seus documentos de habilitação serão avaliados. Em caso negativo, o pregoeiro deverá avaliar se existem propostas apresentadas por licitantes enquadradas naquele conceito jurídico em condição de empate. Novamente surgem duas possíveis situações: Em caso negativo, a licitante será considerada vencedora da fase de lances e segue-se para sua habilitação. Em caso positivo, abre-se o prazo para o exercício do direito de preferência, beneficiando é claro, a empresa de pequeno porte.

Em artigo sob título de - Microempresas faturam R\$ 15,9 bi em 2010 com compras por pregão eletrônico, de 11-02-2011⁶⁶, afirma-se que o pregão eletrônico respondeu por 80% de tudo que foi adquirido pela administração pública federal em 2010 das micro e pequenas empresas (MPEs). Ressaltando ainda que “elas nunca venderam tanto ao governo”. Ainda no artigo lemos a opinião da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento (SLTI), que demonstra que os investimentos públicos em compras não só fortalecem a competitividade e o desenvolvimento econômico, mas também o aspecto social ao estimular a abertura de novos empregos. “A cada R\$ 1 bilhão do que o governo

⁶⁶ Disponível em <http://www.tiinside.com.br/11/02/2011/microempresas-faturam-r-15-9-bi-em-2010-com-compras-por-pregao-eletronico>

adquire só das micro e pequenas empresas são geradas sete mil novas vagas de trabalho.”

Assim, por todo o exposto, concluímos que o pregão é a modalidade de licitação que apresenta vantagens para Administração Pública, oportunizando mais chances de escolha da proposta que melhor satisfaça o interesse da Administração Pública e ainda o da coletividade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo exposto neste trabalho, justifica-se a modalidade pregão ser aceita como ferramenta para o uso eficiente dos recursos da Administração Pública, uma vez que a agilidade prevista nesse tipo de licitação consiste, como comprovado e discorrido no corpo do estudo, na redução de tempo e custos e em se tratando de licitação, é importante que esta seja feita num menor espaço de tempo, já que a demora no processo implica em maiores custos e maiores riscos de desabastecimentos de produtos importantes e vitais, como merenda escolar e medicamentos controlados, objetivando celeridade ao procedimento.

No que se refere à simplificação das rotinas na licitação, atentamos para a desburocratização das etapas procedimentais, tendo como benefício ainda o incremento no número de concorrentes. Tão importante quanto todos os aspectos já citados, temos a transparência na efetivação da licitação, uma vez que na instituição presencial, qualquer interessado pode participar do processo, conhecendo a convocação do edital, e na modalidade pregão eletrônico, as informações ficam disponíveis a qualquer interessado e a sociedade em geral, por meio da Internet, oferecendo condições dos licitantes serem examinadas e discutidas suas propostas sem barreiras motivadas na etapa de habilitação.

A comprovação do princípio constitucional da economicidade caracteriza a diminuição dos custos processuais e controle dos gastos públicos, uma vez que na efetivação da proposta mais vantajosa consegue-se sensível redução de preços.

A modalidade instituída como pregão eletrônico desenvolve-se através da Internet, não gerando uso excessivo de papel como no pregão presencial. Quase todo procedimento dá-se eletronicamente, com a maioria dos atos que lhe são pertinentes enviados e recebidos por meio da tecnologia de informação, o que sem sombra de dúvidas, acaba com várias formalidades. Diminui a distância geográfica entre o contratante e o licitante, uma vez que não se faz necessário a presença física deste, não importando em deslocamento, bastando somente disporem de equipamento e Internet para a conexão ao endereço eletrônico indicado no edital.

Portanto, confirma-se as preocupações com a economicidade, competitividade, celeridade, simplificação e transparência, estes últimos, com maior eficiência na modalidade pregão eletrônico.

Assim sendo, destacamos a modalidade pregão eletrônico como aplicação significativa do princípio constitucional da eficiência, por conta da desburocratização do processo licitatório, por meio da inversão das fases, que possibilita maior agilização das etapas. Tendo hoje a Administração Pública uma necessidade clara de evitar fraudes e desvios de verbas do orçamento público, não há discordância, tantos são os benefícios que podem sobrevir no curso dos processos de licitação, quando a modalidade escolhida for o pregão, uma vez que a finalidade maior da gestão pública está em garantir o interesse da coletividade.

BIBLIOGRAFIA:

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. ***Direito administrativo descomplicado***. 14. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

AMORIM, Gustavo Rodrigues. Licitação Eletrônica – Pregão Eletrônico: o marco normativo da tecnologia da informação nos contratos públicos. 1ª edição, Anhanguera Editora Jurídica – Leme/SP – Edição 2010.

CORRÊA, Davi Beltrão de Rossiter. **Processo administrativo eletrônico**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2850, 21 abr. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18959>>. Acesso em: 25 jul. 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. ***Direito administrativo***. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FERREIRA NETO, Francisco Damasceno. *In Breves Comentários, L&C – Revista de Direito e Administração Pública*, nº 61, p. 14 e 15 – publicada em Julho de 2003, nº 62, p. 28 à 35 – publicada em agosto de 2003, nº 65, p. 32 à 43 - publicada em outubro de 2003.

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

FILHO, Carvalho, José dos Santos. ***Manual de Direito Administrativo, 20ª edição*** - Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2008

FILHO, Marçal Justen. *In Comentários à Legislação do Pregão Comum e do Eletrônico*, 2. ed. revista e atualizada de acordo com a Lei Federal nº 10.520/02, São Paulo, Dialética, 2003.

MARINELA, Fernanda. ***Direito Administrativo***, 5. ed. – Niterói: Impetus, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. ***Direito Administrativo Brasileiro***. 29 ed. São Paulo: Malheiros. 2004.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública**. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar , 2002.

ROSA, Márcio Fernando Elias. ***Direito Administrativo*** – 2. ed. Reform. – São Paulo: Saraiva, 2010. – (coleção sinopses jurídicas, v.20).

SANTOS, José. **Manual de Direito Administrativo**. 20 ed. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2008.

SPITZCOVSKY, Celso. **Direito Administrativo** - 10. ed. – São Paulo: Editora Método, 2008.

Trabalho apresentado no 3º FUCAPE – Simpósio de Produção Científica sob título de “Um estudo sobre a viabilidade de implantação do pregão eletrônico e uma contribuição na apuração dos resultados nos processos licitatórios.

Disponível em <http://www.fucape.br/simposio/3/artigos/wellington%20de%20souza.pdf> – Acesso em Julho-2011

Quais os benefícios trazidos por um Pregão Eletrônico? Disponível em <http://treinamento.comprasnet.gov.br/noticias> e fonte Web Negócios Online. Acesso em Julho-2011

Microempresas faturam 15 bi em 2010 com compras por pregão eletrônico. Disponível em <http://www.tiinside.com.br/11/02/2011/> - Acesso em Julho de 2011.