

**CENTRO UNIVERSITÁRIO DAS FACULDADES
METROPOLITANAS UNIDAS – FMU**

Curso de Mestrado em Direito

EDUARDO TEODORO

**A EFICIÊNCIA DO PREGÃO ELETRÔNICO COMO
MODALIDADE DE LICITAÇÃO PÚBLICA: “ASPECTOS
JURÍDICOS”**

SÃO PAULO

2013

EDUARDO TEODORO

**A EFICIÊNCIA DO PREGÃO ELETRÔNICO COMO
MODALIDADE DE LICITAÇÃO PÚBLICA: “ASPECTOS
JURÍDICOS”**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* do Complexo Educacional das Faculdades Metropolitanas Unidas, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito da Sociedade da Informação, sob a orientação do Professor Doutor Ronaldo Alves de Andrade.

SÃO PAULO

2013

EDUARDO TEODORO

**A EFICIÊNCIA DO PREGÃO ELETRÔNICO COMO
MODALIDADE DE LICITAÇÃO PÚBLICA: “ASPECTOS
JURÍDICOS”**

BANCA EXAMINADORA

Professor Orientador

Professor do Programa

Professor Convidado

Dedico este trabalho as mulheres de minha vida, minha querida genitora Raimunda Marta Teodoro que apesar de não estar neste plano terrestre, sempre foi e continua sendo a grande incentivadora o porto seguro de minhas angústias, a minha esposa Sueli Gonçalves Goveia Teodoro aquela que por graça divina foi introduzida em minha vida, com quem espero dividir todas as alegrias e tristezas até o fim de meus dias, pelo amor e pela amizade que nos une a pequena Maria Eduarda Gonçalves Goveia Teodoro minha filha com quem me fortaleço diariamente com o amor inexplicável nascido entre nós.

AGRADEÇO

Primeiramente, ao meu Orientador Professor Doutor Ronaldo Alves de Andrade, mais do que um professor um exemplo a ser seguido.

Especialmente aos meus Professores: Irineu Francisco Barreto Júnior, Liliane Minardi Paesani, Paulo Adib Casseb e Roberto Senise Lisboa.

Aos meus colegas de classe, sem exceção, que sempre me incentivaram para a realização desta pesquisa.

RESUMO

A pesquisa se propõe a analisar a eficiência do Pregão Eletrônico como modalidade de licitação, incorporada ao ordenamento jurídico nacional pela Lei nº. 10.520, de 17 de julho de 2002 na forma presencial, nascido o formato eletrônico com o advento do Decreto 5.450 de 31 de Maio de 2005. A revisão da literatura e legislação infraconstitucional revelou que a utilização do Pregão eletrônico constitui uma faculdade posta à prudente escolha do administrador público. Desta forma, apesar do pregão constituir-se em uma ferramenta importante, ágil e eficaz, inclusive quanto à questão de economia para o poder público, tem-se que poderão ser utilizadas as demais modalidades de licitação, tais como a concorrência, a tomada de preços ou o convite. O estudo proposto nesta dissertação visa observar a eficácia do Pregão Eletrônico como modalidade de licitação, no prisma dos princípios da eficiência e da vantajosidade para a Administração Pública. A questão da economicidade também abordada, com a intenção de verificar a realidade deste princípio no contexto das licitações eletrônicas.

Palavras chave: Licitação, Pregão eletrônico, Sociedade da informação.

ABSTRACT

The research aims to analyze the effectiveness of Electronic proclamation as the bidding, incorporated into national law by Law no. 10520 of 17 July 2002 in the form in person, electronically born with the advent of Decree 5450 of May 31, 2005. The literature review and constitutional legislation revealed that the use of Electronic Trading College is a wise choice to put the public administrator. Thus, in spite of trading constitute an important tool, agile and effective, including the question of savings for the government, there is likely to be used other methods of procurement, such as competition, taking prices or invitation. The study proposed in this dissertation aims to observe the effectiveness of the Electronic Auction as the bidding, the prism of the principles of efficiency and vantajosidade for Public Administration. The question of economy also discussed, with the intention of checking the truth of this principle in the context of electronic auctions.

Keywords: Bidding, Auction Electronic Information Society.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1. VISÃO HISTÓRICA EVOLUTIVA.....	13
1.1 Evolução Histórica do Procedimento Licitatório.....	13
1.2 Conceituação de Licitação Pública	19
CAPÍTULO 2. PRINCÍPIOS JURÍDICOS NORTEADORES DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.....	24
2.1 Legalidade	24
2.2 Obrigatoriedade da Licitação.....	25
2.3 Moralidade.....	25
2.4 Impessoalidade.....	26
2.5 Igualdade.....	26
2.6 Publicidade.....	27
2.7 Sigilo das Propostas	27
2.8 Probidades Administrativas.....	28
2.9 Vinculações ao Instrumento Convocatório.....	29
2.10 Julgamento Objetivo.....	29
2.11 Razoabilidade.....	30
2.12 Eficiência.....	30
2.13 Economicidade.....	31
CAPÍTULO 3. MODALIDADES DE LICITAÇÃO PRECONIZADAS PELA LEI Nº 8.666/93.....	33
3.1 Convite.....	34
3.2 Tomada de Preços.....	35
3.3 Concorrência.....	36
3.4 Concurso.....	40
3.5 Leilão.....	41
3.6 Pregão Presencial.....	41
3.7 Pregão Eletrônico.....	47
CAPÍTULO 4. FUNCIONALIDADE DO PREGÃO ELETRÔNICO.....	53
4.1 Licitações eletrônicas no âmbito do Estado de São Paulo.....	53

4.2 BEC – Bolsa Eletrônica de Compras.....	54
4.3 Sistema próprio de licitações por meio do pregão eletrônico.....	55
4.4 Sistema eletrônico de licitações gerenciado pelo Banco do Brasil.....	57
CAPÍTULO 5. PROBLEMATIZAÇÃO DO PREGÃO ELETRÔNICO.....	59
5.1 Projeto de Lei que limita a utilização do pregão eletrônico.....	59
5.1.1 Contratação de profissionais de notória especialização	60
5.1.2 Projetos de Lei	65
5.2 A Intenção da Inversão das Fases	67
5.3 As dificuldades dos pequenos Municípios para realizar Pregão Eletrônico.....	70
5.4 A implementação do pregão e a redução do prazo recursal.....	71
5.5 Fraudes licitatórias no sistema eletrônico.....	73
5.6 As falhas do sistema eletrônico do pregão na transmissão dos dados.....	75
5.7 Análise crítica	76
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	78
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	81

INTRODUÇÃO

Economicidade, no contexto das ciências econômicas e de gestão pública, traduz-se na concretização dos atos administrativos a observar a relação custo-benefício existente, de maneira que os recursos públicos sejam utilizados de forma mais vantajosa e eficiente para a coletividade e para o próprio governo. É um princípio a ser aplicado frente à necessidade da análise de um caso concreto, desdobrando-se num compromisso econômico com o cumprimento de metas governamentais, compreendidas na equação custo e benefício em que a eficiência e eficácia encontram-se incorporadas como finalidade principal de toda e qualquer receita destinada a um dado interesse público.

O Estado, enquanto administrador do bem público, possui o dever de realizar a melhor contratação sob o ponto de vista da economicidade. Isto significa dizer que a contratação comporta avaliação como modalidade da relação custo-benefício. A economicidade é o resultado da comparação entre encargos assumidos pelo Estado e direitos a ele atribuídos, em virtude da contratação administrativa. Quanto mais desproporcional em favor do Estado se encontrar o resultado dessa relação, tanto melhor atendido estará o princípio da economicidade. A economicidade exige que o Estado desembolse o mínimo e obtenha o máximo e o melhor. Em se tratando do pregão eletrônico, deve ser guardada a razoabilidade da justa remuneração ao contratado¹.

Sendo assim, o gestor da coisa pública deve administrar bens e interesses pertencentes à comunidade. Por esta razão, quando surge a necessidade de comprar, contratar serviços, enfim, de realizar qualquer tarefa que envolva terceiros em favor de órgãos públicos, há a obrigatoriedade em desencadear relacionamentos de interesse mútuo para aquisição do bem ou serviço. Mais precisamente, o vendedor, o comerciante, o produtor, o empreiteiro ou o prestador de serviços conseguindo ofertar os melhores preços ou produtos em face da necessidade do órgão público carecedor de certos bens ou serviços.

Nestas circunstâncias, o gestor público tem a sua disposição um sistema funcional, devidamente legislado, que lhe possibilita comprar ou contratar, na maioria dos casos somente através de licitação, o que precisa; licitação que é o meio necessário para alcançar o objetivo final, qual seja, a aquisição ou a contratação nas melhores condições possíveis. Sendo meio, sua finalidade é encontrar a melhor proposta e garantir a igualdade

¹ LIMA, Jonas. Licitações: a análise das propostas em face das fórmulas e médias previstas nos editais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 115, 27 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4280>>. Acesso em: 14 nov. 2012.

de condições entre o serviço público e os licitantes (empresários e comerciantes), além de garantir a igual oportunidade de acesso e condições de tratamento durante estes procedimentos a todos os participantes da licitação pública.

O objetivo básico da licitação não é criar entraves burocráticos desnecessários, mas colocar à disposição do cidadão os serviços de saúde, educação, saneamento, assim como tudo o que for necessário para o bem estar da comunidade, proporcionando a ela uma convivência digna, tranquila e que possua, na medida do possível, todos os direitos garantidos constitucionalmente ao cidadão, e, para isto, deve o administrador público trabalhar com honestidade, transparência, aplicando, dentre outros, os princípios da legalidade, isonomia, publicidade e moralidade administrativa.

Do exposto observa-se a relevância da temática em questão, uma vez que a licitação em consonância com os princípios constitucionais propicia à iniciativa privada a possibilidade de contratar com a Administração Pública com ampla competitividade e em igualdade de condições, já que a Administração não supre internamente todas as suas demandas que se lhe apresentam, seja para adquirir bens de que não dispõe ou que não produz, seja para se valer de serviços que, por esporádicos ou especiais, não são prestados por seus próprios agentes, seja para qualquer outro fim que não possa atingir mediante manifestação unilateral de vontade, e, também, visando à seleção da proposta mais vantajosa para a Administração nas suas contratações.

Por esta razão, o núcleo temático deste estudo convida a refletir sobre o procedimento licitatório, especificamente a modalidade Pregão Eletrônico, disciplinada pelo Decreto Federal nº 5.450 de 31 de Maio de 2005. Naquilo que o Decreto não estabelece, subsidiariamente aplica-se a Lei Federal nº 10.520, de 17 de Julho de 2002, intitulada Lei do Pregão, válida para a forma presencial, bem como a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, chamada de Lei Federal das Licitações e Contratos da Administração Pública.

Presta-se esta reflexão escrita para estimular o pensamento, a pesquisa e o esclarecimento desse procedimento administrativo utilizado pela Administração Pública na obtenção de bens ou prestação de serviços. O objetivo principal é averiguar a viabilidade do Pregão Eletrônico como instrumento licitatório do poder público.

O presente estudo, a partir de referencial bibliográfico, apresenta a conceituação de Licitação e, em seguida, uma análise histórica do procedimento licitatório na legislação brasileira, desde sua institucionalização, sua inserção no texto constitucional, até o atual

estatuto de licitações, compreendendo em seguida os princípios norteadores do procedimento licitatório para, então, a partir do estudo do contexto socioeconômico brasileiro e das transformações por que passa a Administração Pública, abordar a modalidade de licitação denominada Pregão Eletrônico.

CAPÍTULO 1. VISÃO HISTÓRICA EVOLUTIVA

1.1 Evolução Histórica do Procedimento Licitatório

A licitação no ordenamento jurídico brasileiro é o processo administrativo em que a sucessão de fases e atos leva à indicação de quem vai celebrar contrato com a Administração. Visa, portanto, a selecionar quem vai contratar com a Administração por oferecer proposta mais vantajosa ao interesse público. A decisão final do processo licitatório aponta o futuro contratado.

Trata-se de um processo administrativo porque, além da sucessão de atos e fases, existem sujeitos diversos, denominados licitantes, interessados no processo que dele participam perante a Administração, todos, inclusive, possuindo direitos, deveres, ônus, sujeições².

De maneira sucinta pode-se dizer que a licitação foi incorporada no direito público brasileiro há mais de cento e quarenta anos pelo Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862, este que regulamentava as arrematações dos serviços a cargo do então Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. Após o advento de diversas outras leis que trataram de forma superficial do assunto, o procedimento licitatório veio finalmente a ser consolidado no âmbito federal pelo Decreto nº 4.536, de 28.01.22, que organizou o Código de Contabilidade da União (artigos 49-53).

O tratamento sistemático aconteceu a partir do Decreto-Lei nº 200/67 (artigos 125 a 144), estabelecendo a reforma administrativa federal, sendo estendido, com a edição da Lei nº 5.456, de 20.06.68, às Administrações dos Estados e Municípios.

Há que se ressaltar que anteriormente à Reforma Administrativa de 1967, o termo empregado para licitação era concorrência pública. Igualmente, na Lei nº 4.401/64, promulgada três anos antes do Decreto-Lei nº 200/67, encontra-se, pela primeira vez, o vocábulo licitação como sinônimo de concorrência.

Duas décadas após, o Decreto-Lei nº 2.300, de 21.11.86, atualizado em 1987 pelos Decretos-Lei nº 2.348 e 2.360, instituiu, pela primeira vez, o “Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos”. Considera-se o Decreto-Lei nº 2.300/86 um marco na área de licitações e contratos por ser o primeiro estatuto que se dedicou a tratar da matéria de forma global, reunindo em seus noventa artigos, normas gerais e especiais,

² MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 213-214.

as primeiras cogentes para toda a Administração Pública brasileira, e as segundas incidentes sobre a Administração federal.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, a Administração Pública brasileira passou a ser objeto de capítulo específico, onde a licitação pública ascendeu ao patamar de preceito constitucional no seu artigo 37, parágrafo XXI. Como consequência, foi sancionada a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

De acordo com Pereira Júnior³ remonta ao império a abordagem do legislativo às concorrências com o Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862, sendo que, posteriormente, surgiram novos ditames para as licitações, a saber: A lei orçamentária nº 2.221, de 30 de dezembro de 1909, em seu artigo 54, fixou as regras a serem observadas no processo das “concorrências” e as leis nºs 3.232, de 05 de janeiro de 1917 (artigo 94), Lei nº 3.454, de 06 de janeiro de 1918 (artigo 170), e Lei nº 3.991, de 05 de janeiro de 1920 (artigo 173), e Decreto nº 4.555, de 10 de agosto de 1922 (artigo 87), também disciplinaram o procedimento. Além destas leis, o antigo Código de Contabilidade da União, de 1922, contribuiu para a evolução do procedimento licitatório no âmbito jurídico brasileiro com o objetivo de conferir maior eficiência às contratações públicas.

Dayrell⁴ elucida que o termo licitação, mesmo sendo empregado em diversos textos legais, fora somente introduzido no direito administrativo nacional pela Lei Nº 4.401, de 10 de setembro de 1964, no sentido de gênero abrangente de variadas espécies ou modalidades, dentre as quais a concorrência. Contudo, o autor destaca que havia sobre a matéria escassos dispositivos inseridos no antigo Código de Contabilidade Pública - Decreto Legislativo nº 4.536 de 28 de Janeiro de 1922 e respectivo regulamento, Decreto nº 15.783, de 08 de novembro de 1922 -, onde se cuidava da concorrência pública, da concorrência administrativa e da coleta de preços.

Somente ocorreu de modo sistematizado a implantação da licitação no sistema legislativo nacional com a promulgação do Decreto-Lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização administrativa federal. Com isto, o procedimento administrativo passou, realmente, a ser consagrado, merecendo disciplinação bem mais

³ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 5.

⁴ DAYRELL, Carlos Leopoldo. **Das Licitações na Administração Pública**. p. 15.

ampla e rica de conteúdo. Posteriormente, a Súmula do Tribunal de Contas da União, no artigo 158, determinou que os órgãos da Administração direta e as entidades da Administração indireta, compreendendo aquelas com personalidade jurídica de direito privado, deveriam prestar obediência às normas básicas da competição licitatória, principalmente no que diz respeito à isonomia dos licitadores, como princípio universal do procedimento ético e jurídico da administração pública, sem impedir a adoção de normas mais flexíveis e compatíveis com as características de funcionamento e objetivos de cada entidade.

Registre-se que o Decreto-Lei n.º 200/67 apenas se referia à Administração Direta e às autarquias, enquanto que o Estatuto das Licitações em vigor (Lei n.º 8.666/93) contempla também as fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Todavia, a Emenda Constitucional n.º 19, de 04.06.98, modificou novamente o quadro das entidades abrangidas pela Lei n.º 8.666/93, quando estabeleceu que lei própria estabelecesse o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços e disporá sobre licitação e contratação.

No ano de 1986, após as normas regulamentadoras citadas, surge no cenário jurídico brasileiro o Decreto-Lei n.º 2.300, de 28 de novembro de 1986, atualizado em 1987, significando o primeiro estatuto que, em seus noventa artigos, regulamenta o procedimento licitatório para toda a administração pública brasileira, reunindo normas gerais e especiais relacionadas à matéria.

Porém, a evolução sobre a matéria não parou neste Decreto-Lei, ocorrendo o seu prosseguimento com a promulgação da Constituição Federal de 1988 através de três referências diretas sobre licitação, especificamente nos artigos 22, XXVII, 37, XXI e 175 e uma indireta no artigo 195, § 3º, *in verbis*:

Artigo 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII - 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; Por competências privativas da União, entende-se como aquelas competências em que é possível a delegação de poder pela União aos Estados-membros, municípios ou até mesmo particulares. Desta forma, e como expressamente contido no parágrafo único deste artigo, cabe à União a elaboração de normas gerais através de Lei Complementar, excluindo-se desta

esfera as normas ou questões específicas, ficando estas sob a competência legislativa estadual. Assim, com o escopo de adequar o procedimento da licitação à realidade de cada Estado, a Constituição Federal permite que quaisquer dos Estados legislem sobre as normas específicas, sem alterar a estrutura básica do procedimento licitatório, que tem sua regulação pela União e somente por ela.

No capítulo quatro, referente à organização da Administração Pública, a Carta Magna traz em suas disposições gerais os princípios que devem reger o processo de licitações:

Artigo 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

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

No *caput* do artigo estão elencados os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, além deles, no inciso XXI, ainda se fala em igualdade de condições a todos os concorrentes nos processos de licitação pública.

Como observado nos artigos retrotranscritos a Carta Magna de 1988, esta conferiu à licitação caráter de princípio constitucional, de observância obrigatória pela Administração Pública direta e indireta de todos os poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A Constituição Federal atribui competência privativa à União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação. Nesse sentido, conforme observa Justen Filho⁵, o resultado prático reside em subordinar todas as órbitas federais à observância da disciplina uniforme contida nas normas gerais produzidas pela União. Mais adiante, conclui o autor ser vedado à norma geral invadir a esfera da autonomia mínima, esta que dá identidade a uma federação.

A licitação encontra-se concebida pelo diploma maior como procedimento prévio à celebração dos contratos pela Administração, objetivando, em especial, assegurar a impessoalidade do gestor na busca da contratação mais vantajosa para a Administração

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 83.

Pública, e conferir igualdade de tratamento aos administrados que com ela quiserem contratar.

Na concepção de Sievers⁶, a Constituição de 1988 representou um notável progresso na institucionalização e democratização da Administração Pública. Apesar dos textos constitucionais anteriores contemplarem dispositivos relacionados ao acesso a função pública e ao regime do funcionalismo estatal, a verdadeira constitucionalização da Administração Pública somente foi levada a efeito pela Carta de 1988.

A leitura do conteúdo do artigo 37, XXI da Constituição Federal, revela a obrigatoriedade de licitar como princípio constitucional, apenas sendo dispensada nos casos expressamente previstos em lei.

O princípio de licitar encontra-se intimamente associado aos princípios da indisponibilidade e supremacia do interesse público que são corolários norteadores da atividade estatal.

O artigo 37, XXI da Constituição Federal, regulamentado pela Lei nº 8.666, de 21.06.93 (alterada pelas Leis nº 8.883/94, 9.648/98 e 9.854/99) e em vigor atualmente, disciplina as licitações e contratos da Administração Pública. Esta Lei estabelece em seu artigo 22 cinco modalidades licitatórias: concorrência, tomada de preços, convite, leilão e concurso.

Por sua vez, a Lei nº. 8.666/93 possui as normas gerais sobre licitações. O *caput* do artigo 3º da lei sobre licitações vem reforçar os princípios constitucionais, afirmando:

Artigo 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º. É vedado aos agentes públicos:

I. Admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;

II. Estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere à moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.

⁶ SIEVERS, Sergio Luis. As Dificuldades dos Empresários na Participação de Licitações na Administração Pública Brasileira. **Jus Navigandi**, Maio/2004.

A leitura do parágrafo primeiro revela a intenção da Lei Maior em proteger a igualdade dos cidadãos e das empresas, impedindo a concessão de privilégios de qualquer natureza no processo de concorrência, não admitindo quaisquer formas de tratamento diferenciado.

No que diz respeito às disposições referentes à garantia de transparência das licitações, a Lei nº. 8.666/93 determina:

Artigo 7º. (...)

§8º. Qualquer cidadão poderá requerer à Administração Pública os quantitativos das obras e preços unitários de determinada obra executada.

Art. 16. Será dada publicidade, mensalmente, em órgão de divulgação oficial ou em quadro de avisos de amplo acesso público, à relação de todas as compras feitas pela Administração Direta ou Indireta, de maneira a clarificar a identificação do bem comprado, seu preço unitário, a quantidade adquirida, o nome do vendedor e o valor total da operação, podendo ser aglutinadas por itens as compras feitas com dispensa e inexigibilidade de licitação.

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

A Lei nº 8.666/93 prevê, ainda, penalidades para quem fraudar os preços ou o processo competitivo nas licitações:

Artigo 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Artigo 91. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Artigo 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

I - elevando arbitrariamente os preços;

II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;

III - entregando uma mercadoria por outra;

IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;

V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:

Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Os dispositivos mencionados intencionam que o processo licitatório ocorra de forma transparente, respeitando a livre concorrência, seja o mais célere possível e propicie a redução de gastos aos órgãos públicos na contratação de serviços necessários e na aquisição de mercadorias.

Após o advento da Lei nº. 8.666/93 foram promulgados outros diplomas legais, tais como a Lei de Concessões e Permissões (Lei nº 8.987/95) e a Lei de Pregão (Lei nº 10.520/2002), cujas disposições estão em consonância com a Lei de Licitações.

Diante de tudo o que foi exposto, constata-se que ao longo dos últimos 140 anos, a licitação passou de regra isolada a preceito constitucional, fato esse que tem estimulado a edição de inúmeros livros e a crescente realização de seminários, simpósios e cursos sobre a matéria.

1.2 Conceituação de Licitação Pública

Como visto no início deste estudo, o Estado tem como objetivo o atendimento ao interesse público. Para atingir esse objetivo, muitas vezes necessita contratar com terceiros para a realização de obras, serviços e aquisição de bens. No entanto, diversamente do que ocorre na iniciativa privada, o agente público não é livre para contratar com quem lhe aprouver, mas seus contratos dependem, via de regra, de um procedimento seletivo.

Assim, a licitação pública foi concebida como procedimento prévio à celebração dos contratos pela Administração em razão de dois princípios fundamentais: a) indisponibilidade do interesse público que obriga o gestor a buscar sempre, de forma impessoal, a contratação mais vantajosa para a Administração, e b) igualdade dos administrados, corolário que obriga que o gestor ofereça iguais oportunidades aos concorrentes (potenciais ou concretos) de virem a ser contratados com a Administração⁷.

Segundo o dicionário jurídico de autoria de Reis Nunes⁸, licitação consiste em:

[...] ato de por a coisa em leilão ou hasta pública. Oferecimento de lance, num leilão ou hasta pública, a fim de adquirir a coisa ali apregoada. Ato pelo qual são postos a lance, em pregão público, os bens da herança insuscetíveis de divisão cômoda, ou que não caibam no quinhão de um só dos herdeiros ou na meação do cônjuge sobrevivente, os quais dispunham entre eles, são adjudicados ao que oferecer maior preço.

No âmbito jurídico, Justen Filho⁹ conceitua licitação como um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção da proposta de contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência.

⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 20.

⁸ NUNES, Pedro dos Reis. **Dicionário de Tecnologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1994, p. 558.

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8 ed. rev ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 309.

Como bem definido pelo doutrinador Cretella Júnior¹⁰, a licitação no direito público nacional:

A partir de 1967, tem o sentido preciso e técnico de procedimento administrativo preliminar complexo, a que recorre a Administração quando, desejando celebrar contrato com o particular, referente a compras, vendas, obras, trabalhos ou serviços, selecionam, entre várias propostas, a que melhor atende ao interesse público, baseando-se para tanto em critério objetivo, fixado de antemão, em edital, a que se deu ampla publicidade.

Citando o ensinamento de Meirelles¹¹ tem-se o seguinte conceito de licitação:

[...] o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Visa propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração, e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.

O conceito de licitação proporcionado por Bandeira de Mello¹² enfatiza a concorrência entre os participantes:

Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.

A licitação, no entender de Celso Antônio Bandeira de Mello, é o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.

No âmbito federal, os bens e serviços comuns constam no anexo II do Decreto nº 3.555, de 8 de agosto de 2000, alterado pelo Decreto nº 3.693, de 20 de dezembro de 2000, como sendo os seguintes:

1. Bens de Consumo: Água mineral, combustível e lubrificante, gás, gênero alimentício, material de expediente, material hospitalar, médico e de laboratório, medicamentos, drogas e insumos farmacêuticos; material de limpeza e

¹⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. **Das Licitações Públicas**. 17ª ed. São Paulo: Forense, 2001, p. 49.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 25.

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 466.

conservação, oxigênio; e Bens Permanentes: Mobiliário; equipamentos em geral, exceto bens de informática, utensílios de uso geral veículo automotivo em geral, microcomputador de mesa ou portátil (*notebook*), monitor de vídeo e impressora.

2. Serviços Comuns: serviços de apoio administrativo; serviços de apoio à atividade de informática: digitação e manutenção; serviços de assinaturas de jornal, periódico, revista, televisão via satélite, televisão a cabo; serviços de assistência, tais como: hospitalar, médica, odontológica; serviços de atividades auxiliares, tais como: ascensorista, auxiliar de escritório, copeiro, garçom, jardineiro, mensageiro, motorista, secretária, telefonista; serviços de confecção de uniformes; serviços de copeiragem; serviços de eventos; serviços de filmagem; serviços de fotografia; serviços de gás natural; serviços de gás liquefeito de petróleo; serviços gráficos; serviços de hotelaria; serviços de jardinagem; serviços de lavanderia; serviços de limpeza e conservação; serviços de locação de bens móveis; serviços de manutenção de bens imóveis; serviços de manutenção de bens móveis; serviços de remoção de bens móveis; serviços de microfilmagem; serviços de reprografia; serviços de seguro saúde; serviços de gravação; serviços de tradução; serviços de telecomunicações de dados; serviços de telecomunicações de imagem; serviços de telecomunicações de voz; serviços de telefonia fixa; serviços de telefonia móvel; serviços de transporte; serviços de vale refeição; serviços de vigilância e segurança ostensiva; serviços de fornecimento de energia elétrica e serviços de apoio marítimo.

Por sua vez, Sundfeld¹³ conceitua licitação como procedimento administrativo destinado à escolha de pessoa a ser contratada pela Administração ou a ser beneficiada por ato administrativo singular, no qual é assegurado tanto o direito dos interessados à disputa como à seleção do beneficiário mais adequado ao interesse público.

Essa última definição demonstra uma nítida alusão ao princípio da isonomia, salientando a importância do procedimento licitatório como garantia ao acesso de todos os administrados à disputa pela contratação pública.

Na concepção Figueiredo¹⁴, trata-se de um procedimento administrativo interno e externo destinado a selecionar, entre outras, a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, realizar compras, contratar serviços ou construir obras.

¹³ SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 15.

¹⁴ FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 25.

O mestre Dayrell¹⁵, em seu conceito, salientou a necessidade de obtenção de benefício público, ao afirmar que licitação se traduz no processo a que deve recorrer a Administração para obter materiais, obras ou serviços, ou ainda, para alienar bens nas melhores condições de proveito público, mediante consulta a diversos interessados.

Como leciona Di Pietro¹⁶, a licitação constitui procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, proporciona a todos os interessados a sujeição às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.

Seguindo a mesma linha de pensamento, Rigolin e Bottino¹⁷, colocam que licitação não é apenas um ato, mas um complexo procedimento administrativo através do qual a Administração elege, entre várias possíveis, a proposta mais vantajosa ao seu interesse – que é sempre o interesse público almejando algum contrato -, em geral de aquisição, que pretenda celebrar.

A Lei nº 8.666/93, em seu artigo 4º, § único, estabelece que: “O procedimento licitatório previsto nesta Lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública”.

Assim, a licitação possui duas finalidades, a que vise proporcionar, em primeiro lugar, às pessoas a ela submetidas, a obtenção da proposta mais vantajosa e, em segundo lugar, dar igualdade de oportunidades aos que desejarem contratar com essas pessoas, como está estabelecido no artigo 3º da Lei nº 8.666/93, com alterações introduzidas posteriormente pelas Leis nºs 8.883-94, 9.648/98 e 9.854/99.

Portanto, o que precisa ser licitado, são todos os objetos de futuros contratos que, material e juridicamente, possa ser licitado. Dessa maneira, os serviços que a Administração pretenda obter são licitáveis em princípio, essa é a regra, da qual a exceção é a ilicitabilidade de alguns, na forma da lei. Não estando excepcionados de modo expreso na lei, todos os serviços para serem contratados dependem de uma prévia licitação.

Da lição dos doutrinadores citados constata-se que os mesmos não oferecem uma conceituação uniforme desse procedimento administrativo, contudo, é acorde em acentuar

¹⁵ DAYRELL, Carlos Leopoldo. **Das Licitações na Administração Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 82.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 299.

¹⁷ RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. **Manual Prático das Licitações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 129.

os seus traços essenciais e suas finalidades: a busca da contratação mais vantajosa para o Poder Público e o oferecimento de iguais oportunidades aos administrados, de virem a ser contratados por ele.

Finaliza-se o presente capítulo com a conceituação de licitação como procedimento administrativo formal que tem como escopo proporcionar à Administração uma aquisição, uma venda, ou uma prestação de serviços da forma mais vantajosa, respeitando-se os princípios constitucionais da legalidade, isonomia, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Tem como finalidade traduzir garantia da moralidade dos atos administrativos e dos procedimentos da Administração Pública, e também da valorização da livre iniciativa pela igualdade no oferecimento da oportunidade de prestar serviços, bem como de comprar ou vender ao Poder Público.

CAPÍTULO 2. PRINCÍPIOS JURÍDICOS NORTEADORES DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

Sujeita-se, de sorte, o procedimento licitatório a determinados princípios, dentre os quais, de acordo com a orientação do conceituado Meirelles, podem ser destacados a legalidade, obrigatoriedade, a moralidade, a impessoalidade, a igualdade entre os licitantes, a publicidade dos atos, a probidade administrativa, o sigilo na apresentação de propostas e a vinculação ao edital.¹⁸

De início cabe ressaltar que princípios jurídicos, conforme preceitua Maximiliano¹⁹, são fundamentos básicos que estruturam e identificam o sistema normativo. Assim, as regras devem ser editadas seguindo as diretrizes traçadas pelos princípios que norteiam o sistema no qual vão se inserir.

Por sua vez, Sundfeld²⁰ preconiza serem os princípios ideias centrais que dão sustentação a um dado sistema e que "o princípio jurídico é norma de hierarquia superior à das meras regras, pois determina o sentido e o alcance destas, que não podem contrariá-lo, sob pena de pôr em risco a globalidade do ordenamento jurídico".

O procedimento licitatório é formado por uma série de princípios que regem o Direito Público e, ainda, por outros que lhe são específicos, sendo aqui importante destacá-los de forma sucinta.

2.1 Legalidade

O primeiro princípio a ser citado trata-se da legalidade, uma vez que o administrador ou gestor público está jungido à letra da lei para poder atuar. Seu *facere* ou *non facere* decorre da vontade expressa do Estado (com quem os agentes públicos se confundem, segundo a teoria da apresentação de Pontes de Miranda), manifestada por lei. Nesse exato sentido é a lição de Bastos:

Já quando se trata de analisar o modo de atuar das autoridades administrativas, não se pode fazer aplicação do mesmo princípio, segundo o qual tudo o que não for proibido é permitido. É que, com relação à Administração, não há princípio de liberdade nenhum a ser obedecido. É ela criada pela Constituição e pelas leis

¹⁸ MEIRELLES, Helly Lopes. *Op. cit.* p. 247.

¹⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.241.

²⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4ª ed São Paulo: Malheiros, 2000, p. 146.

como mero instrumento de atuação e aplicação do ordenamento jurídico. Assim sendo, cumprirá melhor o seu papel quanto mais atrelada estiver à própria lei, cuja vontade deve sempre prevalecer²¹.

Percebe-se da citação acima transcrita a razão pela qual o constituinte de 1988 achou por bem elencar expressamente o princípio ora sob comento em seu art. 37, *caput*: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...”.

Contextualizando esse princípio no campo da aplicação prática no caso da licitação, pode-se dizer que ao administrador cabe observar todas as etapas descritas em lei para a escolha da proposta mais vantajosa (ou mesmo dispensar a licitação, nos casos descritos no artigo 24 da Lei nº. 8.666/93).

2.2 Obrigatoriedade da Licitação.

Correlacionando-se com o princípio básico da legalidade, entende-se ser o princípio da obrigatoriedade da licitação. O princípio da obrigatoriedade encontra-se previsto no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, e vendo as exceções serem dispostas em lei. Assim, caso venha o agente público a ferir esta regra, os atos praticados, ou mesmo toda a licitação, estarão fadados à fulminação em virtude do descumprimento de norma-princípio constitucional.

2.3 Moralidade

Outro princípio aplicado ao procedimento licitatório é o de moralidade, que deve ser visto como atributo ínsito e necessário à atuação de qualquer pessoa que lide com verba pública.

Moraes²² oferece uma ideia bastante clara do que seja o princípio em análise:

Pelo princípio da moralidade administrativa, não bastará ao administrador o estrito cumprimento da estrita legalidade, devendo ele, no exercício de sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui, a partir da Constituição de 1988, pressuposto de validade de todo ato da administração pública.

²¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 25.

²² MORAES, Alexandre de. **Direito Administrativo Concreto**. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 218.

Assim sendo, caso venha o Administrador Público a ferir o referido princípio, estará o ato por ele praticado sujeito à anulação.

2.4 Impessoalidade

Outro princípio a ser descrito é o da impessoalidade. Sua observância será de primordial valia quando o ato visado for de ordem discricionária. Nesses é que ocorre a maior probabilidade de o administrador incorrer em arbitrariedade, abusando dos vagos conceitos de conveniência e oportunidade.

Na concepção de Celso Ribeiro Bastos, toda vez que o administrador pratica algum entorse na legislação para compreender uma situação por ela não colhida ou para deixar de considerar outra naturalmente incluída no modelo legal, a Administração está se desviando do caminho da legalidade.²³ É neste desvio, portanto, que se verifica, no mais das vezes, a impessoalidade na conduta do gestor público.

2.5 Igualdade

Princípio de grande importância para a lisura da licitação pública, conforme observa Carvalho Filho²⁴, é o princípio da igualdade, uma vez que "que todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro".

A própria lei das licitações em seus dispositivos impede a prática de atos atentatórios à igualdade entre os competidores, à medida que veda aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato (artigo 3º, § 1º, I), ou mesmo estabeleça tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras (artigo 3º, § 1º, II).

²³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Op. cit.* p. 34.

²⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 194.

Os dois incisos retrotranscritos encerram, segundo classificação dada por Carvalho Filho²⁵, os princípios correlatos, respectivamente, da competitividade e da indistinção.

2.6 Publicidade

O princípio da publicidade no campo da licitação pública é de extrema importância para os concorrentes, pois proporciona a eles a certeza do que está ocorrendo nas diversas etapas do processo, bem como os possibilita de elaborar seus planejamentos e recursos administrativos em caso de descontentamento com alguma decisão que venha a ser tomada pela comissão de licitação, ou mesmo se houver alguma irregularidade ou ilegalidade no certame. Por outro lado, confere à Administração a certeza de que a competitividade restará garantida para a seleção da proposta mais vantajosa.

A lei nº 8.666/93, em seu artigo 21, prevê a obrigatoriedade da publicação dos avisos contendo os resumos dos editais das concorrências e das tomadas de preços, dos concursos, dos leilões e dos pregões presenciais ou eletrônicos, mesmo que sejam realizados no local da repartição interessada, por pelo menos uma vez, no Diário Oficial da União, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal, no Diário Oficial do Estado, ou do Distrito Federal, quando se tratar, respectivamente, de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual ou Municipal, ou do Distrito Federal, bem como em jornal de grande circulação no Estado e, também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo, ainda, a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição.

2.7 Sigilo das Propostas

Dispõe a lei nº 8.666, em seu artigo 3º, § 3º, que "A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura".

²⁵ CARVALHO FILHO. Idem, ibidem.

Referindo-se a este corolário, Meirelles²⁶ comenta que, como princípio da administração pública, abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como também de propiciar conhecimento da conduta interna de seus agentes. Essa publicidade atinge, assim, os atos concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, os despachos intermediários e finais, as atas de julgamentos das licitações e os contratos em quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes. Quanto à publicação no órgão oficial, só é exigida a do ato concluído ou de determinadas fases de certos procedimentos administrativos como ocorre nas concorrências, em que geralmente as normas pertinentes impõem a publicação da convocação dos interessados, da habilitação, da adjudicação e do contrato, na íntegra ou resumidamente.

2.8 Probidades Administrativas

No que diz respeito ao princípio da probidade administrativa, segundo Carvalho Filho²⁷, tem esta o sentido de honestidade, boa-fé, moralidade por parte dos administradores. Na verdade, “o exercício honrado, honesto, probo da função pública leva à confiança que o cidadão comum deve ter em seus dirigentes”.

Ainda segundo esse autor, exige o princípio que o administrador atue com honestidade para com os licitantes, e, sobretudo, para com a própria Administração e, evidentemente, concorra para que sua atividade esteja de fato voltada para o interesse administrativo, que é o de promover a seleção mais acertada possível²⁸.

Correlato ao princípio da probidade administrativa no campo da licitação é o princípio do sigilo das propostas. A própria lei nº 8.666/93, em seu art. 43, § 1º, reza que: "a abertura dos envelopes contendo a documentação para habilitação e as propostas será realizada sempre em ato público previamente designado, do qual se lavrará ata circunstanciada, assinada pelos licitantes presentes e pela Comissão".

Objetiva este princípio a competitividade entre os concorrentes, bem como a manutenção da probidade durante o processo licitatório.

²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 12ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 72-74.

²⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit. p. 195.

²⁸ Idem, ibidem.

2.9 Vinculações ao Instrumento Convocatório

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório encontra-se disposto no artigo 41, *caput*, da Lei nº 8.666/93: "A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada." O edital, nesse caso, torna-se lei entre as partes. Este mesmo princípio dá origem a outro que lhe é afeto, o da inalterabilidade do instrumento convocatório. De fato, a regra que se impõe é que, após publicado o edital, não deve mais a Administração promover-lhe alterações, salvo se assim o exigir o interesse público. Trata-se de garantia à moralidade e impessoalidade administrativa, bem como ao primado da segurança jurídica.

2.10 Julgamento Objetivo

O princípio do julgamento objetivo encontra-se disciplinado nos artigos 44 (no julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou no convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecido por esta lei) e 45 (o julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle).

Di Pietro²⁹, analisando este princípio, afirma que, "Quanto ao julgamento objetivo, que é decorrência também do princípio da legalidade, está assente seu significado: o julgamento das propostas há de ser feito de acordo com os critérios fixados no edital."

No mesmo entendimento, confirma Medauar³⁰ que o julgamento, na licitação, é a indicação da Comissão de Licitação da proposta vencedora. Julgamento objetivo significa que devem nortear-se pelo critério previamente fixado no instrumento convocatório, observadas todas as normas a respeito.

²⁹ DI PIETRO, Maria Silvy Zanella. *Op. cit.* p. 293.

³⁰ MEDAUAR, Odete. *Op. cit.* p. 300.

2.11 Razoabilidade

Quanto ao princípio da razoabilidade, Lúcia Valle Figueiredo elucida que: "Traduz o princípio da razoabilidade, pois, a relação de congruência lógica entre o fato (o motivo) e a atuação concreta da Administração"³¹.

Tem-se desse modo que o princípio da razoabilidade encontra-se em consonância com o princípio da isonomia, uma vez que ao disciplinar, em última análise, ambos discriminam situações e pessoas por variados critérios, sendo a razoabilidade o parâmetro pelo qual é aferido se o fundamento da diferenciação é aceitável e se o fim por ela visado é legítimo na contratação.

Ao término do presente capítulo constata-se que o sistema jurídico brasileiro adotou uma série de princípios norteadores da atividade administrativa. Devem ser estes princípios aplicados a todos que, direta ou indiretamente, lidem com dinheiro público, sob pena de, em caso de inobservância, serem devidamente responsabilizados civil, administrativa e penalmente, dependendo do grau de agressão ao patrimônio público.

2.12 Eficiência

Determinado no art. 37 da Constituição Federal e introduzido pela Emenda Constitucional nº 19/1998, introduz-se para a Administração Pública a condição de gestor da coisa pública, o que impõe a obrigatoriedade de procedimentos voltados a obter eficiência operativa, funcional e financeira.

Neste formato obriga a Administração Pública a planejar seus atos para obter através da eficiência melhor resultado pelo meio menos oneroso aos cofres públicos.

No que concerne à licitação pública, incluindo-se os pregões eletrônicos, o princípio da eficiência se aplica na execução dos procedimentos licitatórios de modo a obter os melhores resultados nas compras públicas, voltando-se a atingir a aquisição do melhor produto ou serviço ao preço mais justo e em condições práticas adequadas a necessidade do órgão requisitante.

A eficiência foi aplicada na própria criação do pregão eletrônico como modalidade de licitação, e sua instauração no ordenamento jurídico das licitações, além de tornar a Administração Pública mais eficiente quanto ao tempo de tramitação do processo

³¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Op. cit.* p. 42

licitatório, reduziu o lapso temporal entre a publicação do edital e a sessão pública em no mínimo 60%.

As licitações promovidas na modalidade concorrência, mais utilizada dentre as modalidades previstas na Lei 8.666/93, estabelecia como prazo de execução da fase externa (período entre a publicação do edital e a realização da sessão pública) no mínimo 30 (trinta) dias; o nascimento do pregão reduziu este prazo para no máximo 10 (dez) dias.

Prova incontestável de eficiência, visto que a redução do prazo de tramitação da licitação impulsiona ganho de tempo no prazo de aquisição dos serviços e produtos necessários ao funcionamento da Administração Pública.

2.13 Economicidade

A economicidade como princípio jurídico do procedimento licitatório decorre da eficiência.

A economicidade nas licitações públicas é a busca incessante da relação custo-benefício nas contratações públicas diante dos processos licitatórios que visam a aquisições diversas para o funcionamento da máquina pública.

É da ideia fixa da economicidade pública que se tem o conceito real de que nem sempre o menor preço pode se revelar como a melhor compra.

A economicidade visa à obtenção do menor desembolso, no entanto, com critérios adequados de análise de cada processo licitatório, como forma de impedir uma aquisição a preço extremamente baixo e inadequado ao uso e/ou consumo.

Nos procedimentos licitatórios a economicidade tem sempre como base para sua análise de viabilidade financeira a realização das pesquisas de mercado, este procedimento amplia a visão da Administração Pública, impedindo que se estabeleçam reservas financeiras e/ou dotações orçamentárias em discordância com a realidade do mercado fornecedor do produto ou serviço de interesse do Poder Público.

Este é, pela razão natural, o fiel da balança na análise de economicidade, em que além de avaliar o preço ofertado no processo licitatório, verificam-se as condições técnicas do objeto da licitação a ser efetivada, de modo a garantir adequação efetiva entre preço e produto/serviço, impedindo uma falsa economicidade.

O nascimento do Pregão Eletrônico trouxe para a economicidade uma notoriedade maior, isto foi possível em razão da utilização das ferramentas da informatização, com o

uso da tecnologia de modo a permitir um maior número de participantes nos processos licitatórios.

Este fenômeno se fez possível dada à possibilidade, por exemplo, de uma empresa instalada no extremo norte do país participar de processo licitatório na região sudeste sem ter que se deslocar por centenas de quilômetros.

Com isto aumentou-se o volume de ofertas de propostas nas licitações, ampliando-se a disputa e promovendo por decorrência a obtenção de melhores preços pela regra simples de mercado em que a maior oferta de propostas em disputa recai em menor preço.

CAPÍTULO 3. MODALIDADES DE LICITAÇÃO PRECONIZADAS PELA LEI Nº 8.666/93.

A partir da análise da origem e evolução histórica da licitação no ordenamento jurídico nacional, enquanto procedimento para a efetivação de contratações na Administração Pública, assim como os princípios a que se sujeita, proceder-se-á no presente capítulo um detalhamento acerca das modalidades, isto é, analisar-se-ão individualmente, à luz crítica do direito positivo, suas características essenciais previstas na Lei nº. 8.666/93 em seu artigo 22. As modalidades analisadas são: tomada de preços (art. 22, § 2º), convite (art. 22, § 3º), concurso (art. 22, § 4º) e leilão (art. 22, § 5º). Posteriormente, foi criado o pregão (Lei nº 10.520/02) que será analisado em capítulo específico. Há que se ressaltar que as modalidades Concorrência e Pregão serão analisados a parte, por necessitarem de um espaço maior para descrição de suas características, conforme legislação vigente.

Contudo, antes de se iniciar a análise das modalidades de licitação previstas na Lei nº. 8.666/93 torna-se necessário enfatizar a lição de Meirelles³² por elucidar que as modalidades de licitação têm características próprias, destinando-se a determinados tipos de contratação. Sendo assim, a licitação é o gênero do qual as modalidades são as espécies. Consequentemente, é possível aplicar a essas espécies os preceitos genéricos da licitação, enquanto os específicos regem cada modalidade em particular.

Na concepção de Bandeira de Mello³³, as espécies concorrência, tomada de preços e convite, são importantes. Estas dependem do valor que a Administração irá presumivelmente despender com a relação jurídica sucedânea, ou seja, corresponderão as distintas modalidades aos patamares de valor estabelecidos em lei.

Nos casos em que os valores são elevados obriga-se a utilização da concorrência. A tomada de preços e o leilão são previstos para negócios de vulto médio, enquanto o convite se destina a negócios de mínima significação econômica. Contudo, a legislação possibilita a Administração optar pela modalidade de valor mais elevado, ao invés da correspondente ao respectivo patamar de valor, sendo vedada, contudo, a utilização de modalidade correspondente a valor inferior.

³² MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.* p. 90.

³³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Op. cit.* p. 127.

Todas as espécies licitatórias, com exceção do convite, exigem a publicação de aviso contendo um resumo do edital com indicação do local onde os interessados podem obter o texto completo, bem como todas as informações acerca do certame. No caso do convite, a divulgação é feita por carta, seguida de afixação de cópia do instrumento convocatório em local apropriado.

A lei de licitações e contratos públicos estabelece prazos mínimos entre a divulgação e a apresentação das propostas ou a realização do evento. Tais prazos variam dependendo da modalidade adotada para o certame. A partir da data da última publicação do edital resumido ou da expedição do convite inicia-se a contagem. Caso sejam feitas alterações no edital, haverá nova divulgação e, se afetarem a formulação de propostas, recomeça-se a contar o prazo.

Esses prazos previstos em lei representam o mínimo a ser respeitado, nada impedindo que a Administração, verificando a complexidade do objeto da licitação ou outros fatores, altere esses prazos mínimos, possibilitando uma efetiva participação dos interessados.

3.1 Convite

A conceituação de convite, para atender à finalidade da lei, encontra-se disposta no parágrafo 3º do artigo 22 da Lei nº. 8.666/93:

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 afixará 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.

O convite, como procedimento licitatório, é destinado a no mínimo três interessados do ramo referente a seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados pela unidade administrativa. Podem também participar aqueles que, mesmo não sendo convidados, estiverem cadastrados na correspondente especialidade e manifestarem seu interesse com antecedência de 24 horas da apresentação das propostas.

Para cada tipo de licitação – menor preço, melhor técnica ou técnica e preço – é previsto um procedimento para o convite. O rito comum, previsto no art. 43 da Lei nº 8.666/93, é o procedimento adotado quando o critério de escolha da proposta mais vantajosa for o do "menor preço" (art. 45, § 1º, I). Se for do tipo "melhor técnica" (art. 45,

§ 1º, II) ou "técnica e preço" (art. 45, § 1º, III) serão adotados os procedimentos especiais previstos no art. 46, §§ 1º e 2º, respectivamente.

Considera-se, pelo que claramente se extrai da norma de regência, que dentre as demais modalidades de licitação, apresenta-se a mais simples, sendo indicada em pequenas contratações cujo objeto não possua maiores complexidades, ou seja, de pequeno valor.

Além de ser simples, é a única modalidade de licitação que não exige publicação de edital, uma vez que a convocação se faz por escrito, obedecendo a uma antecedência legal de cinco dias úteis, por meio da carta-convite, que, segundo Meirelles³⁴, "é uma forma simplificada de edital que, por lei, dispensa a publicidade deste, pois é enviado diretamente aos possíveis proponentes, escolhidos pela própria repartição interessada".

3.2 Tomada de Preços

A tomada de preços é a modalidade de licitação destinada para contratos de valor estimado imediatamente inferior ao estabelecido para a concorrência. Realiza-se entre os interessados previamente cadastrados ou que preencham os requisitos para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

Di Pietro³⁵ ressalta que a criação dessa modalidade de licitação pela Lei nº. 8.666/93 objetivou tornar o procedimento mais sumário e rápido, além de possibilitar o ingresso de um maior número de licitantes. Contudo, a ilustre doutrinadora entende que o procedimento acabou se tornando tão complexo quanto o da concorrência, uma vez que a vantagem que havia na legislação anterior é que a comissão limitava-se a examinar os certificados de registro cadastral, o que já não pode ocorrer sob a lei atual, pois, havendo licitantes fora do cadastro, a comissão de licitação terá que examinar toda a documentação para a qualificação.

Admite-se a tomada de preços nas contratações de obras, serviços e compras dentro dos limites de valor determinados em lei e corrigidos por ato administrativo competente. A grande característica dessa modalidade, que a distingue da concorrência, é a existência de habilitação prévia dos licitantes através dos registros cadastrais. Esses cadastros são registros dos fornecedores de bens, executores de obras e serviços que ali se

³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.* p. 284.

³⁵ DI PIETRO, Maria Silvy Zanella. *Op. cit.* p. 78.

inscreveram, mantidos por órgãos e entidades administrativas que frequentemente realizam licitações.

Deverá correr na tomada de preços, um prazo de quinze dias, no mínimo, entre a publicação e a data fixada para o recebimento das propostas. Contudo, caso o certame seja julgado na conformidade dos "tipos", ou seja, pelos critérios de "melhor técnica" ou de "técnica e preço", o prazo será de, pelo menos, trinta dias, sendo a contagem feita da mesma forma que na concorrência.

3.3 Concorrência

A concorrência é a modalidade de licitação que se realiza com ampla publicidade para assegurar a participação de quaisquer interessados que preencham os requisitos previstos no edital convocatório.

A principal característica da concorrência se refere à admissibilidade da participação de quaisquer interessados na licitação, independentemente de serem cadastrados ou não no órgão promotor da licitação, desde que atendam às exigências do edital, em especial no que se referem às condições preliminares de habilitação³⁶.

O procedimento da concorrência compreende cinco fases: edital, habilitação, classificação, homologação e adjudicação:

- Edital é o ato pelo qual a Administração divulga a abertura da concorrência, fixa os requisitos para participação, define o objeto e as condições básicas de contrato e convida a todos os interessados para que apresentem suas propostas³⁷. Publicado o edital, com observância das normas de publicidade concernentes, o interessado que tenha alguma objeção, deve arguir até o momento da abertura dos envelopes de habilitação;
- A habilitação configura a fase na qual se dá a abertura dos envelopes contendo a documentação para apreciação, conforme previsto no artigo 43, I;
- A classificação constitui a fase do processo na qual a Administração faz o julgamento das propostas, classificando-as pela ordem de preferência, segundo critérios objetivos constantes do edital.

³⁶ TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Licitações**: comentários, teoria e prática: Lei nº 8.666/93. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 12.

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.* p. 282.

- A homologação é o ato preambular do final do procedimento no qual a autoridade superior aprova o procedimento;
- A adjudicação consiste no ato pelo qual a mesma autoridade que homologou o procedimento, confere ao vencedor o objeto da licitação.

Configura-se como a espécie apropriada para os contratos de grande vulto, grande valor, não se exigindo registro prévio ou cadastro dos interessados, cumprindo que satisfaçam as condições prescritas em edital, que deve ser publicado com, no mínimo, trinta dias de intervalo entre a publicação e o recebimento das propostas. Caso seja adotado um certame de acordo com os tipos, como os de menor preço, técnica e preço e melhor técnica, esse intervalo mínimo é dilatado para quarenta e cinco dias.

Embora haja por conta da Lei nº. 8.666/93 uma definição mínima de valores para a concorrência, é importante salientar que essa modalidade é cabível para qualquer valor de contratação. Portanto, a utilização da concorrência é possível mesmo para aqueles itens que apresentem valores abaixo desse limite. No entanto, o administrador deverá pautar muito bem essa escolha, pois, às vezes, não é viável se efetuar uma concorrência para um objeto com valor muito baixo, já que o custo processual poderá ser maior que o valor do próprio objeto.

Isso ocorre pois a concorrência possui um prazo de publicidade (entre a última publicação do seu resumo ou a disponibilidade do edital até a data de abertura) maior do que o das demais modalidades, sendo de no mínimo 30 (trinta) dias para as do tipo "menor preço", e de no mínimo 45 (quarenta e cinco) dias para as do tipo "técnica e preço" ou "melhor técnica". Além disso, exige gastos com publicações de seu resumo em diário oficial, jornal de grande circulação, afixação em local visível no órgão, dentre outros, conforme o caso, em conformidade com o disposto no artigo 21 da Lei nº 8.666/93. Esses fatores, dentre outros, tornam o processo de concorrência mais lento e oneroso, razão pela qual a seleção dessa modalidade de licitação deverá ser fruto de uma análise criteriosa do administrador.

Estimando-se o valor do contrato posterior, a concorrência é a modalidade obrigatória em razão de determinados limites, que por sua vez se sujeitam a revisões periódicas. Contudo, independentemente do valor, a lei prevê que a modalidade concorrência deve ser adotada nos seguintes casos: a) compra de bens imóveis; b)

alienações de bens imóveis para as quais não tenha sido adotada a modalidade leilão; c) concessões de direito real de uso, serviço ou obra pública; d) licitações internacionais.³⁸

Quanto aos bens imóveis, de acordo com o artigo 19 da Lei nº. 8.666/93, caso a aquisição desses tenha sido derivada de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento, esses poderão ser alienados por ato da autoridade competente, também por meio de leilão, e não somente pela concorrência. Quanto aos bens imóveis que foram adquiridos por outras formas (compra, permuta, entre outras), é obrigatória a utilização da concorrência.

De acordo com a lei nº. 8.987/95, a concorrência é modalidade de licitação obrigatória também para a concessão de serviço público. No entanto, as concessões, permissões e autorizações, efetuadas como forma de privatização ou desestatização, ou seja, transferindo para a iniciativa privada a execução de serviços públicos explorados pela União diretamente ou por meio de entidades por ela controladas, também poderão ser realizadas pela modalidade leilão. E, com relação à permissão de uso, essa poderá ser outorgada por meio de licitação com modalidade correspondente ao valor da contratação.

Com relação às contratações de parcerias público-privadas, para concessões patrocinadas ou administrativas, regidas pela Lei Federal nº. 11.079//04, por força do artigo 10 do referido diploma legal, a licitação também deverá ser processada por meio da modalidade de concorrência.

No que diz respeito às concorrências internacionais, nelas se permite a participação de empresas nacionais e estrangeiras que competirão em igualdade de condições, as quais poderão ser verificadas principalmente no momento da cotação dos preços, pois quando for permitido à licitante estrangeira apresentar proposta em moeda estrangeira, tal permissão também se estenderá às licitantes nacionais. O mesmo ocorre com as garantias de pagamento, que serão as mesmas para as ambas³⁹.

As concorrências de âmbito internacional estão reguladas no artigo 42 da lei nº. 8.666/93 e, além de necessitar de divulgação no exterior, uma de suas principais exigências é que o edital deverá estar devidamente ajustado às diretrizes da política monetária e do comércio exterior, atendendo às estipulações dos órgãos competentes, em especial do Banco Central do Brasil e do Ministério da Fazenda.

³⁸ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**: teoria, prática e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2007, p. 59.

³⁹ TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Licitações**: comentários, teoria e prática: Lei nº. 8.666/93. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 117.

Além desses casos específicos previstos, versa o Estatuto das Licitações e Contratos Públicos que a concorrência é obrigatória quando, em havendo parcelamento, os valores das licitações das parcelas, em conjunto, correspondam a montante igual ou superior ao previsto para a modalidade concorrência.

Há algumas ressalvas que devem ser feitas em relação aos ditames da lei: admite-se a tomada de preços nas licitações internacionais, quando o órgão ou entidade licitante possuir cadastro internacional de fornecedores, ou até convite, caso inexistir fornecedor no país. Além disso, permite-se que seja realizado o leilão para a alienação de bens imóveis, quando tenha sido adquirido por dação em pagamento ou procedimentos judiciais.

Quanto às concorrências sob o sistema de registro de preços, tem-se a seleção de empresas e valores utilizando obrigatoriamente essa modalidade que faz parte da exigência contida no artigo 15, §3º, I, da Lei nº. 8.666/93. Por meio do registro de preços, os interessados em fornecer materiais, produtos, equipamentos, gêneros e serviços à Administração, participam de uma licitação na modalidade concorrência na qual ofertam seus preços que permanecem registrados por até um ano, sendo que nesse período estão obrigados a fornecer os quantitativos ou a prestar os serviços solicitados pela Administração nos prazos estipulados. Esses preços contam com uma estipulação prévia de controle e atualização, além de publicações trimestrais em imprensa oficial para orientação dos órgãos da Administração e para fiscalização de qualquer cidadão. A peculiaridade desse sistema reside no fato de que a existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que deles poderão advir, ficando-lhe facultada a utilização de outros meios para a aquisição, ou seja, a adoção de outros procedimentos, desde que respeitada a legislação vigente no âmbito das licitações e que seja assegurada preferência ao detentor do registro na hipótese de igualdade de condições. Atualmente, é possível se processar o sistema de registro de preços também por meio de pregão, caso se trate de bens e serviços comuns.

Para finalizar as hipóteses da utilização da concorrência, é importante ressaltar que essa modalidade também será obrigatória em licitações nas quais o contrato será firmado pelo regime da empreitada integral, na qual o administrador objetiva contratar um empreendimento em sua integralidade, com todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, portanto, em condições para entrar em operação, sendo todas essas etapas de responsabilidade da empresa contratada. O prazo de publicidade para as

concorrências nesse regime será de 45 (quarenta e cinco) dias, e não de 30 (trinta) dias, como nas concorrências usuais.

Há que se ressaltar que na concorrência a habilitação preliminar e as propostas deverão ser processadas e julgadas por comissão permanente ou especial de, no mínimo, três membros, sendo que pelo menos dois deles deverão ser servidores qualificados, pertencentes ao quadro permanente do órgão responsável pela licitação.

Deve-se, portanto, caracterizar a concorrência como uma espécie do gênero licitação. Conforme se constata, estão adstritas aos mais diversos princípios, características e requisitos do gênero mais amplo.

Em suma, a concorrência é a modalidade de licitação que possibilita a participação de quaisquer interessados que, na fase de habilitação, comprovem possuir os requisitos de qualificação exigidos no edital. É utilizada para contratos de grande valor e para a alienação de bens públicos imóveis, podendo esta alienação ocorrer também mediante leilão nos casos previstos no artigo 19. A concorrência é cabível nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais, admitindo-se, no último caso, a tomada de preço quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores, ou o convite, quando não houver fornecedor no país.

3.4 Concurso

O concurso é a modalidade de licitação destinada a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmio ou remuneração aos vencedores, segundo critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial. É comumente utilizado na seleção de projetos, onde se busca a melhor técnica e não o menor preço.

De acordo com Meirelles⁴⁰, o concurso é uma modalidade de licitação de natureza especial, porque, apesar de se reger pelos princípios da publicidade e da igualdade entre os participantes, objetivando a escolha do melhor trabalho, dispensa as formalidades específicas da concorrência.

⁴⁰ MEIRELLES, op cit. p. 70.

3.5 Leilão

O leilão consiste na modalidade de licitação destinada à venda de bens móveis inservíveis para a Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou ainda para a alienação de bens imóveis cuja aquisição originou-se de procedimento judicial ou de dação em pagamento.

São preconizados dois tipos de leilão, que são o comum e o administrativo. O primeiro, de caráter privativo do leiloeiro oficial, é regido pela legislação federal pertinente, podendo a Administração estabelecer as condições específicas. Já o leilão administrativo realiza-se pelo serviço público.

3.6 Pregão Presencial

O pregão teve sua origem no regulamento de contratações da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, oficializado pela Resolução nº 5, de 15 de janeiro de 1998.

Após mais de dois anos de experiência a União por meio da Anatel visando atribuir simplicidade e celeridade nas licitações, esta resolveu instituir essa modalidade para toda a Administração Pública Federal por meio da Medida Provisória nº. 2.026, de 4 de maio de 2000, revogada pela Medida Provisória nº. 2.108-9, de 27 de dezembro de 2000, que por sua vez foi revogada pela Medida Provisória nº. 2.182-18, de 23 de agosto de 2001, chegando, por fim, a ser editada a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002.

Plácido e Silva⁴¹ elucida que o termo pregão deriva do latim *praeconium*, de *praeconare* (apregoar, proclamar); entende-se a notícia ou a proclamação feita publicamente por oficial de justiça ou pelo porteiro dos auditórios forenses. Propriamente, designa as palavras ditas em alta voz para que se anuncie ou se proclame alguma notícia ou se faça algum aviso. Assim, na linguagem forense, diz-se pregão: a) o aviso dado pelo oficial de justiça, às partes, por ordem do juiz no início ou no correr das audiências públicas, em virtude do que se anuncia o começo da mesma audiência ou qualquer deliberação tomada pelo juiz para conhecimento dos interessados; b) a proclamação, nas hastas públicas, em altas vozes, dos lances oferecidos para aquisição ou para arrematação das coisas postas em licitação, ou venda por almoeda, isto é, a quem mais der.

⁴¹ DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 492.

Já no campo do direito administrativo, observa-se que o pregão é o modo pelo qual se realiza o leilão, que é modalidade de licitação destinada à venda de bens móveis inservíveis para a Administração, ou legalmente apreendidos ou penhorados e até mesmo à alienação de bens imóveis que venham a integrar o patrimônio do ente público em função de penhora ou dação em pagamento.

O objetivo do leilão é transferir o domínio do bem a quem lhe der maior lance, desde que igual ou superior à avaliação. O que se pretende no pregão é o oposto. A Medida Provisória n.º 2.026/00, art. 2.º, define o pregão do seguinte modo:

[...] como modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, promovida exclusivamente no âmbito da União, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública.

A própria lei, no esforço de ser didática, esclarece o que se deve entender por pregão. Dispõe a Lei n.º 10.520/02:

Artigo 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.
Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Deste modo, pode-se concluir que tal mecanismo de oferta pública visa à aquisição de bens (e não alienação) ou a contratação de serviços prestados por terceiros em favor da Administração. Exige-se que os bens ou serviços a serem acordados deverão estar dentro dos padrões de desempenho e qualidade definidos pelo edital, sendo lícito fazer especificações nos moldes do mercado privado/particular.

Com a entrada em vigor da Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002, o Legislativo estendeu a aplicabilidade da modalidade licitatória denominada pregão aos Estados e Municípios, instituída inicialmente pela Medida Provisória n.º 2.026/00, anteriormente restrita ao âmbito da União.

Assim, a União, Estados, Municípios e o Distrito Federal poderão utilizar a modalidade do pregão para efetuar o registro de preços, previsto no artigo 15 da Lei de Licitações, antes só realizado mediante concorrência.

Nos termos do disposto no inciso II do artigo 15 da lei n.º 8.666/93, as compras, sempre que possível, devem ser processadas através de sistema de registro de preços, sendo que o registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado, sendo

publicado trimestralmente para orientação da Administração, na imprensa oficial, onde a seleção deverá ser feita mediante concorrência, agora também através do pregão, conforme regulamento específico. Importante ressaltar que, além das compras, o registro de preços efetivado mediante a modalidade do pregão, também servirá para as contratações de serviços comuns.

A princípio convém elucidar que o pregão poderá ser instituído na forma presencial e por via eletrônica, onde é permitida a sua realização por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação e comunicação, nos termos de regulamentação específica.

Trata-se da sexta modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública.

O pregão poderá ser realizado na forma presencial, onde os participantes no modo tradicional comparecem ao órgão licitador na data e hora previamente determinada, e, lá, apresentam suas propostas e lances verbais. Ao lado desta forma, comum e mais rotineira, a Lei do Pregão possibilitou a adoção do chamado pregão eletrônico em que não há a presença física dos representantes das empresas licitantes na forma mencionada no modo presencial.

Trata-se de um procedimento seletivo aberto à participação de qualquer interessado, em que não se impõem requisitos mais aprofundados acerca da habilitação do fornecedor nem exigências especiais acerca do seu objeto, visto tratar-se de bens e serviços "comuns", isto é, o objeto licitado deve ser sempre aquele verificável, de modo objetivo e satisfatório, mediante a observância de critérios de julgamento desprovidos de requisitos essencialmente técnicos ou especiais que demonstrem a complexidade do objeto licitado.

Há de se ressaltar uma das principais inovações trazidas pela modalidade do pregão, denominada a inversão das fases do procedimento, considerando aqueles adotados pela Lei nº. 8.666/93 no que diz respeito ao convite, tomada de preços e concorrência.

Nestas modalidades de licitação a administração pública busca, numa primeira etapa, realizar a habilitação dos participantes na licitação nos termos do disposto no artigo 27 e seguintes da Lei de Licitações, mediante a verificação da qualificação jurídica, técnica, econômico-financeira, fiscal, bem como zelar pela observância da norma constitucional que proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir

de quatorze anos, e depois de verificada a sua regularidade formal, passa-se então à análise das propostas técnicas e/ou comerciais, dependendo do tipo de licitação escolhida.

No pregão assim não ocorre, uma vez que existe a inversão das fases de habilitação e de julgamento, objetivando a celeridade do certame, uma vez que as aquisições de bens ou serviços realizados mediante a modalidade do pregão, além de envolver menor número de servidores, certamente consumirão menos custo e tempo, haja vista que o procedimento pode durar aproximadamente vinte dias, enquanto nos moldes tradicionais da lei de licitações, uma concorrência exige um período de três a cinco meses até seu desfecho.

A rapidez e sumariedade do procedimento do pregão resultam desses dois motivos fundamentais. Sob um ângulo, é possível uma contratação satisfatória sem maiores burocracias porque a natureza "comum" do objeto dispensa investigações mais detidas acerca da proposta. Por outro lado, não há necessidade de impor requisitos mais severos para a habilitação⁴².

Ainda no tangente a inversão de fases, que é elemento fundamental na celeridade do processo de licitação na modalidade pregão, tal agilidade processual encontra-se no fato de que no Pregão iniciada a sessão pública da disputa, dá-se início a abertura dos envelopes contendo a proposta de todas as empresas.

Feito isto, é dada a largada para o oferecimento dos lances, a inversão de fases nesta modalidade tem sua importância na aceleração do processo, tendo em vista que somente se dará a abertura do envelope contendo os documentos de habilitação daquela empresa que ofertar o menor preço.

Tão somente se esta primeira colocada no requisito menor preço ofertado, após a etapa de lances, não atender aos requisitos de habilitação jurídica, técnica, fiscal e econômica, passar-se-á a analisar a documentação da empresa instalada na condição de segunda colocada. Assim feito consequentemente com todas as demais participantes, até que se encontre uma empresa, dentre as que disputam o certame, que tenha apresentado preço adequado e atendido a todos os requisitos de habilitação.

A comparação de forma e tempo com as modalidades previstas na Lei nº 8.666/93, quanto à inversão de fases, está no momento de cada ato visto que nas modalidades tradicionais (concorrência, tomada de preços e convite), procede-se inicialmente a abertura dos envelopes de habilitação de todas as participantes.

⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.* p. 23.

Com isto, somente será iniciada a abertura dos envelopes constando as propostas quando for definida a fase de habilitação, ou seja, quando for estabelecido quais serão as empresas em disputa que atenderam aos requisitos de habilitação, e, portanto, estão aptas a concorrerem entre si pelo menor preço a ser contratado pela Administração Pública licitante.

Quando da iniciação dos processos licitatórios pela modalidade pregão muito se debateu, inclusive em juízo, sobre o conhecimento por todos os que disputavam o negócio público dos preços iniciais praticados pelas empresas, sem mesmo saber se aquela licitante estava técnica, financeira, fiscal e economicamente habilitada a disputar o objeto da licitação.

Isto porque se tornou comum observar diversas empresas participarem dos pregões e consecutivamente ao obterem o menor preço, constatava-se que estas empresas não possuíam a habilitação exigida no edital de convocação para se manterem habilitadas na licitação.

Diante das inúmeras demandas judiciais para dirimir este impasse, visto que as empresas recorriam ao Judiciário por meio da interposição de mandados de segurança, visando a anulação das licitações pela impossibilidade de retomada dos lances após a empresa decretada primeira colocada ser inabilitada.

Algumas liminares foram concedidas, em especial na região sudeste em que o volume licitado é impulsivamente superior às demais regiões do país. A base destas decisões estava justamente na infringência da competitividade, eis que a modalidade pregão prevê apenas uma disputa de preços por licitação; havendo a obtenção da menor proposta ofertada após os lances, definiu-se a habilitação.

A problemática instaurada estava concentrada nas licitações em que o primeiro colocado era inabilitado, com isto o pregoeiro presidente da sessão efetivava o chamamento do segundo melhor colocado na disputa de preços para a verificação da habilitação. No entanto, por uma falha de entendimento dos procedimentos da nova lei o presidente da sessão obrigava o segundo colocado a atender o objeto na mesma condição financeira daquele que havia sido inabilitado.

Com o passar do tempo aprimorou-se o conhecimento dos pregoeiros, inclusive em decorrência do aumento das decisões judiciais em favor das empresas prejudicadas, assim ganhou-se regularidade e, nos casos de inabilitação, a retomar o processo a partir da análise da segunda colocada, sem impor a esta a condição de preços da empresa

considerada inadequada do ponto de vista documental, adjudicando-se assim o certame e firmando-se apenas com esta segunda colocada a negociação do preço ofertado, sem exigir que estas tenham que manter a mesma base de preços ofertada pela empresa inabilitada.

Na tentativa de coibir estas e outras ocorrências semelhantes, a Lei nº 10.520/02, em seu artigo 7º, acabou por definir alguns atos omissivos ou comissivos que, quando praticados pelos licitantes, importarão na aplicação das penalidades elencadas, tais como o impedimento de licitar ou contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e o descredenciamento do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (no âmbito federal) ou dos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do artigo 4º da Lei (cadastros estaduais, municipais e do Distrito Federal) pelo prazo de até cinco anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

O procedimento do pregão divide-se em duas fases: a primeira, destinada aos atos internos do licitador, a segunda, referente aos atos externos em que os licitantes atuam diretamente no certame, notando-se, nesta segunda fase, a marcante publicidade do certame licitatório⁴³.

A fase preparatória se passa no âmbito interno do órgão ou entidade responsável pela aquisição dos bens ou serviços desejados. Esta fase tem início com o ato de 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 dos prazos para o fornecimento.

Trata-se, segundo Meirelles⁴⁴, da motivação do ato administrativo inicial do procedimento licitatório, a qual, diante dos requisitos impostos pela lei, transforma-se em elemento vinculante do mesmo, cuja ausência dá lugar à nulidade de todo o procedimento.

A definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, afastando-se as especificações irrelevantes e desnecessárias. Os elementos indispensáveis para a definição do objeto deverão constar de um termo de referência e do respectivo orçamento, considerando os preços praticados no mercado, a descrição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato, conforme determina o Decreto nº 3.555/2000. A autoridade competente designará, então, dentre os servidores do órgão ou

⁴³ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratos**: estudos e comentários sobre as leis 8.666/93 e 8.987/95, a nova modalidade do pregão e o pregão eletrônico; impactos da lei de responsabilidade fiscal, legislação, doutrina e jurisprudência. 12ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 38.

⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. Cit.* p. 316.

entidade, o pregoeiro (que será o responsável pela condução do pregão) e a respectiva equipe de apoio que o auxiliará no recebimento das propostas, analisando a sua aceitabilidade e examinando os documentos da habilitação.

A fase externa se inicia com a convocação dos interessados por aviso no Diário Oficial da União e, facultativamente, por meios eletrônicos (internet) e em jornais de grande circulação. Esse aviso deve conter a definição do objeto e a indicação do local, dias e horários em que poderá ser lida ou obtida a íntegra do edital e poderão ser recebidas as propostas. Esse prazo não poderá ser inferior a oito dias úteis.

O julgamento, conduzido pelo pregoeiro, é feito em uma única sessão. A ele cabe receber o envelope com as propostas de preços, sua abertura e classificação, os lances, a análise de sua aceitabilidade e classificação final, como já frisado, bem como a adjudicação do objeto do certame ao vencedor. Como o pregão é uma modalidade de licitação de menor preço, as propostas que não preencherem esse requisito são automaticamente desclassificadas.

Na etapa de habilitação, com a abertura do envelope contendo a documentação do autor da proposta classificada em primeiro lugar, procura-se verificar primeiro quem venceu a etapa comercial para depois conferir os documentos de habilitação do vencedor. Com isso, suprime-se tempo precioso despendido no exame da documentação dos concorrentes que foram eliminados no julgamento das propostas. Se o vencedor não for habilitado de acordo com as exigências do edital, será verificada a documentação do segundo classificado, e assim subsequentemente.

Quando é proclamado o vencedor da licitação, contra essa decisão somente poderá ser interposto recurso se o licitante interessado manifestar sua decisão de imediato, sendo-lhe concedido o prazo de três dias para apresentação das razões, ficando também intimados, em igual prazo, os demais licitantes para a apresentação das contrarrazões.

3.7 Pregão Eletrônico

O pregão eletrônico é uma modalidade de licitação fundamentada nos termos da Lei Estadual de Minas Gerais nº 14.167 de 10/01/2002 e regulamentada pelo Decreto nº 42.416 de 13/03/2002, visando a aquisição de bens e serviços comuns por meio da utilização de recursos de Tecnologia da Informação, ou seja, por meio de comunicação pela internet.

O procedimento do pregão eletrônico segue as regras básicas do pregão comum, mas deixa de ocorrer à presença física do pregoeiro e dos participantes, tendo em vista que as comunicações são feitas por via eletrônica⁴⁵.

O novo sistema beneficia principalmente as micro e pequenas empresas por se tratar de um processo mais simples e de menor custo que facilita o acesso das empresas no mercado das compras públicas.

Alguns profissionais da área consideram o pregão como um leilão às avessas, onde vence o proponente que oferece melhor preço e qualidade. Ele possui três fases: preparatória, externa e competitiva. Na primeira, a autoridade competente justifica a necessidade da contratação, define prazos para fornecimento e designa o pregoeiro e a equipe de apoio. Na segunda, os interessados são convocados para definição do dia e horário do pregão. Na última, realiza-se o pregão.

No intuito de viabilizar a melhora no uso do pregão eletrônico, o Governo Federal editou o Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, que finalmente instituiu a obrigatoriedade de adoção do pregão nas contratações de bens e serviços comuns, adequando-o às intenções institucionais e à própria evolução e dinâmica que tomou o pregão na Administração Federal, tornando esta modalidade licitatória obrigatória nas aquisições de bens e serviços comuns, e sua forma eletrônica, prioritária e padrão, ou seja, quando o gestor público optar pelo pregão presencial terá que apresentar justificativa circunstanciada da escolha.

É o que preconiza o artigo 4º do referido Decreto, cuja redação transcreve-se *in verbis*:

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

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

No entendimento de FôNSECA⁴⁶, referido dispositivo é inovador e acarretará, sem dúvida alguma, grandes repercussões no ordenamento jurídico brasileiro e na aplicabilidade das demais modalidades licitatórias da Lei nº 8.666/93, por acreditar que perderão campo de aproveitamento, considerando que na época em que o pregão se

⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão**: Comentários à Legislação do Pregão comum e eletrônico. São Paulo: Dialética, 2005., p. 11.

⁴⁶ FÔNSECA, Marco Adriano Ramos. Pregão Eletrônico: uma análise de sua evolução histórico-legislativa e das inovações decorrentes do Decreto N. 5.450/2005. **Jus Navigandi**, junho/2006.

apresentava como faculdade ou opção discricionária da Administração Pública Federal, em se tratando de aquisição de bens e serviços comuns, as demais modalidades licitatórias encontravam-se em crescente desuso, reforçado agora com o caráter cogente do referido dispositivo consagrado no Decreto nº. 5.450/2005.

Contudo, o autor citado ressalta que isso não significa que as modalidades de concorrência, tomada de preços e convite perderão completamente aplicabilidade, tendo em vista que, doravante, tais certames licitatórios serão cabíveis apenas quando o objeto da contratação não se emoldurar ao conceito jurídico de bens e serviços comuns, o que certamente ocasionará grandes discussões na doutrina e na jurisprudência dos tribunais, e do próprio Tribunal de Contas da União, haja vista que referido conceito jurídico é plurissignificativo.

A inovação apresentada com a obrigatoriedade fixada pelo Decreto nº. 5.450/2005 quanto à aplicabilidade do pregão para a contratação de bens e serviços comuns, e a adoção da forma eletrônica com instrumento preferencial, vem ratificar o contexto de consolidação e prestígio que o pregão eletrônico atravessa desde o início de sua instituição, com a implementação de uma nova mentalidade nas aquisições governamentais, conforme faz prova os próprios dados informados no portal Compranet, descritos a seguir:

Pregão Eletrônico do governo cresce 103%: O número de pregões eletrônicos do governo federal de 2004 cresceu 103% frente ao ano anterior, revelou um balanço divulgado pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI), do Ministério do Planejamento. Segundo o órgão, foram 3.024 transações realizadas no ano passado, frente a 1.488 de 2003. Na comparação com 2002, a alta foi de aproximadamente 300%.⁴⁷

A adoção do pregão e a implementação de sua forma eletrônica viabilizaram um notável incentivo à competitividade e à ampliação da disputa entre fornecedores, estes que passaram a dar uma maior credibilidade às contratações públicas e aos certames licitatórios, uma vez que nesta modalidade se reduz drasticamente as possibilidades de fraudes, conluíus, conchavos, e todas os demais meios escusos e fraudulentos que dantes eram levados a cabo por servidores e fornecedores inescrupulosos.

O incremento da competitividade é plenamente realizado no pregão eletrônico através da simples constatação de que um licitante que possua estabelecimento em qualquer lugar do país pode participar de um certame licitatório promovido por qualquer instituição pública federal sediada no território nacional, bastando estar conectado à internet, e satisfazer os requisitos para credenciamento no servidor do sistema.

⁴⁷ COMPRASNET, Portal de Compras do Governo Federal. Pregão Eletrônico do Governo Cresce 103%. p. 1.

Dessa forma, por exemplo, uma empresa estabelecida em um determinado Estado do Brasil pode participar, e quiçá lograr ser vencedora de um pregão eletrônico promovido por uma unidade administrativa do Serviço Público Federal sediada na cidade de outro Estado do país. Trata-se de um instrumento de fortificação dos princípios e valores consagrados na Constituição Federal vigente, e do próprio Estado Democrático de Direito.

Com o intuito de comprovar o crescimento da competitividade e da credibilidade dos fornecedores nas licitações promovidas na modalidade de Pregão, apresentar-se-á as seguintes informações extraídas do portal Comprasnet:

Nos últimos dois anos, uma lenta revolução vem ocorrendo no governo federal na hora de realizar suas licitações. As mudanças são importantes porque aumentaram de forma significativa o número de fornecedores do governo e porque reduziram os custos das compras governamentais em até 30%. [...] Essas mudanças devem-se à prioridade dada aos pregões eletrônicos. [...] A novidade foi o crescimento do número de fornecedores, que pela primeira vez ultrapassou a casa dos 200 mil. Nos últimos quatro anos, o número de empresas passou de 150 mil para 214 mil, uma elevação de 42%. [...] Para a iniciativa privada, o uso dos pregões também é favorável, segundo os especialistas do setor. "Antes da popularização dos pregões eletrônicos, poucas empresas participavam das licitações e muitas preferiam não aparecer, atuando através de empresas de representação, mas cada dia mais as empresas estão quebrando esse paradigma e atuando de forma direta para vender aos órgãos públicos", afirma Roberto Bacarat, diretor da RHS Licitações.⁴⁸

É possível, ainda, destacar as seguintes inovações do Decreto nº 5.450/2005:

a) Consagração no texto do decreto sobre pregão eletrônico dos princípios norteadores dessa modalidade licitatória (artigo 5º);

b) A designação do pregoeiro e de sua equipe de apoio poderá recair entre servidores de órgãos diversos daquele em que se promoverá o evento, desde que o órgão cedente seja entidade integrante do SISG (Sistema Integrado de Serviços Gerais) do Ministério do Planejamento, ou seja, de qualquer outro órgão que opere pregões pelo portal Comprasnet;

c) Alteração dos prazos e formas de impugnação e pedido de esclarecimento, que agora são diferentes e específicos, conforme dispõe os artigos 18 e 19 do Decreto nº 5.450/2005;

d) Possibilidade de envio, por parte do licitante, de lance inferior ao último por ele ofertado (art. 24, § 3º), o que viabiliza a disputa pelas demais colocações no certame;

⁴⁸ COMPRASNET, Portal de Compras do Governo Federal. *Op. cit.* p. 1.

e) Aumento dos limites dos valores estimados da contratação para fins de publicação do Aviso de Licitação em jornais de grande circulação local, regional ou nacional, nos termos do art. 17, incisos I, II e III, e § 6º do Decreto nº 5.450/2005;

f) Consagração da possibilidade de contratação de Serviços de Engenharia, por meio de Pregão Eletrônico, instituída pela redação do art. 6º do Decreto nº 5.450/2005, antes vedada pelo art. 5º do Decreto nº 3.555/2000, acolhendo os questionamentos e os entendimentos articulados pela doutrina e parte da jurisprudência, que sustentavam a possibilidade da contratação desses serviços.

Do exposto, constata-se que o pregão eletrônico trata-se de um inovador instrumento concebido pelo Governo Federal relativamente às alternativas e conceitos em licitações públicas até então vigentes, configurando-se em uma verdadeira quebra de paradigmas, sem precedentes, no contexto histórico de contratações governamentais de ordenamento jurídico.

A instituição do pregão como nova modalidade de licitação de observância obrigatória pela Administração Pública Federal aponta para uma modernização do sistema de licitação, objetivando conferir à Administração um meio mais econômico, célere e eficaz para as contratações, notadamente ao se estabelecer o pregão eletrônico como forma de realização preferencial, de forma a aperfeiçoar o rito procedimental, aumentando a competitividade entre os licitantes, alcançando fornecedores de diversas regiões do país, reduzindo os custos e os valores das propostas.

O pregão eletrônico representa uma desejável aplicação do princípio constitucional da eficiência, com a agilização e simplificação do procedimento licitatório através de uma inversão de fases que lhe propicia maior e mais efetiva funcionalidade. Isto, na medida em que propicia, a todos os participantes do certame, a oportunidade de serem examinadas e discutidas a sua proposta, sem as prévias barreiras e delongas da habilitação.

O pregão eletrônico também é preponderante para o perfeito atendimento do princípio da economicidade, uma vez que viabiliza resultados satisfatórios, com uma redução significativa dos valores das ofertas, além de propiciar maior agilidade às contratações, que, em regra, ocorrem com maior celeridade por meio da utilização de seu rito procedimental menos burocratizado.

A instituição do pregão coaduna-se com o atual estágio legislativo, este que vem consolidando uma mentalidade de probidade e responsabilidade nos gastos públicos a exemplo da Lei Complementar nº. 101/2000, denominada Lei de Responsabilidade Fiscal,

preconizada pela transparência na gestão da *res publica*, viabilizando instrumentos preservadores do interesse público e coletivo.

Mais informação e transparência nas licitações públicas são, sem dúvida, a garantia perene do efetivo acesso e controle popular, além do exercício da cidadania.

Dessa forma, resta evidenciada a importância desse procedimento licitatório para a Administração Pública como uma forma de controlar as atividades do gestor na gerência dos recursos públicos, sempre tendo em mente os princípios imperiosos na atividade administrativa, quais sejam: o da legalidade, moralidade, publicidade, entre outros.

De todo o exposto, constata-se que continuam a existir as modalidades licitatórias previstas na Lei nº. 8.666/93 que não foram revogadas, tampouco os pressupostos de sua aplicação.

Deste modo, o pregão é apenas mais uma modalidade de licitação e poderá ser utilizado nas hipóteses em que seria cabível a concorrência, tomada de preços ou convite. Este novo procedimento de seleção, aberto à participação de qualquer interessado e em que não se impõem requisitos mais aprofundados acerca da habilitação do fornecedor, nem exigências acerca de um objeto sofisticado, poderá revelar-se uma solução satisfatória e adequada, desde que utilizado com parcimônia, cautela e eficiência.

CAPÍTULO 4. FUNCIONALIDADE DO PREGÃO ELETRÔNICO.

4.1 Licitações Eletrônicas no Âmbito do Estado de São Paulo.

Instituído com a promulgação do Decreto Estadual nº. 49.722, de 24 de junho de 2005, inseriu os processos licitatórios no Estado de São Paulo, no universo da sociedade da informação.

O Decreto regulamenta a utilização das licitações eletrônicas com base nas determinações da Lei Federal nº. 10.520/02 que estabelece o pregão na forma presencial, e determina em seu artigo 2º. § 1º o seguinte:

Art. 2º. (...)

§ 1º Poderá ser realizado o pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica.

No contexto da regulamentação da forma eletrônica de compras por licitação, no âmbito do Governo do Estado de São Paulo, o Decreto determina critérios normativos de execução das licitações eletrônicas, com a garantia do sigilo das informações enviadas e armazenadas do ambiente eletrônico de tramitação destas licitações.

Artigo 3º. O pregão eletrônico que, no âmbito da Administração direta, autárquica e fundacional do Estado, passa a integrar o sistema eletrônico de contratações instituído pelo Decreto 45.085, de 31 de julho de 2000, terá procedimentos de verificação da autenticidade dos usuários e de garantia do sigilo.

No aspecto da segurança das informações a proposta enviada ao sistema de execução dos processos licitatórios mantém as propostas criptografadas até o momento de divulgação de seus conteúdos, da mesma forma a inexistência de divulgação do nome do licitante até que se efetive a finalização da disputa.

Os atos administrativos da licitação atendendo os preceitos legais da Lei Federal nº. 8.666/93, no universo da sociedade da informação são realizados a partir da BEC (Bolsa Eletrônica de Compras do Governo do Estado de São Paulo), é questão que tratar-se-á com mais detalhamento no capítulo seguinte.

Este conjunto de atos garante a unificação dos procedimentos eletrônicos, com efetivo controle e gerenciamento pela Secretaria da Fazenda Estadual.

O governo paulista determinou que todos os interessados em disputar os negócios públicos no que tange a aquisição de bens e serviços comuns contratados pelo critério de

menor preço, por meio eletrônico, estarão obrigados a cadastrar-se no CAUFESP (Cadastro Unificado de Fornecedores do Estado de São Paulo).

O CAUFESP, criado pelo Decreto nº. 52.205 de 27 de Setembro de 2007, concentra-se em sistema informatizado com o cadastramento de todos os fornecedores e futuros interessados em fornecer para todos os entes que compõem o Governo do Estado de São Paulo, incluindo-se as autarquias e fundações, além das administrações direta e indireta.

Permite, assim, a concentração da informação e o gerenciamento unificado de todos os fornecedores, sejam pessoas físicas ou jurídicas.

I. Cadastro Unificado de Fornecedores do Estado de São Paulo - CAUFESP: sistema eletrônico de informações, por meio do qual serão inscritos e mantidos os registros dos interessados em participar de licitações e contratar com qualquer órgão da Administração Direta e Indireta do Estado.

4.2 BEC – Bolsa Eletrônica de Compras

A Bolsa Eletrônica de Compras do Governo do Estado de São Paulo é um ambiente eletrônico que vai muito além de simples meio informatizado para disputa dos negócios do governo de São Paulo, a complexidade e abrangência deste sistema eletrônico armazena toda a legislação voltada à temática da contratação pública.

Há um emaranhado de informações essenciais para a tramitação das licitações eletrônicas; a partir de um *login* e senha individuais é possível acessar todo o conteúdo da bolsa.

Para aperfeiçoar os negócios do governo concentra-se desde normativas, editais que podem ser acessados pelos usuários autorizados, bem como minutas de editais a serem utilizados pelos órgãos que pretendam instalar um procedimento de compra.

Há também o acesso às negociações e aos resultados dos processos de compra, com a possibilidade de acessar, através da senha individual, as atas de registro das sessões públicas eletrônicas de todas as licitações em andamento.

Com base na unificação no sistema de toda e qualquer informação quanto aos processos de compras públicas, desta concentração vislumbra-se a possibilidade das estatísticas de consumo do erário público na gestão da Administração Estadual.

Este ambiente eletrônico ainda que gerenciado pelo governo do estado, permite aos municípios paulistas que não possuem meio eletrônico próprio para aplicar a

modalidade de pregão eletrônico para compra de bens e serviços comuns, firmar convênio com o Estado para utilização do sistema e com isto passar a adquirir por meio eletrônico o que carece.

O Decreto nº 48.176, de 23 de outubro de 2003, autoriza a Secretaria da Fazenda representando o Estado, celebrar convênios com Municípios com sede e foro no Estado de São Paulo e com sociedades de economia mista, integrantes da administração indireta deste Estado, não dependentes, para utilização da Bolsa Eletrônica de Compras do Governo do Estado de São Paulo - Sistema BEC/SP.

O Decreto normatiza a forma do convênio, incluindo-se a subordinação às regras já determinadas.

Artigo 1º. Fica o Secretário da Fazenda autorizado a, representando o Estado, celebrar convênios com Municípios com sede e foro no Estado de São Paulo e com sociedades de economia mista, integrantes da Administração Indireta deste Estado, não dependentes, nos termos do inciso III, do artigo 2º, da Lei Complementar federal nº 101, de 4 de maio de 2000, objetivando a adesão à Bolsa Eletrônica de Compras do Governo do Estado de São Paulo - Sistema BEC/SP para a compra de bens, para entrega imediata em parcela única, com dispensa de licitação em razão do valor.

O convênio permite não apenas o uso do ambiente como a exploração do cadastro de fornecedores instado na bolsa, com isto pequenos municípios passaram a ter acesso a um grande universo de fornecedores, aumentando assim o volume de ofertas às necessidades de compras destes municípios.

Em decorrência de estes municípios passarem a obter bens e serviços comuns com preços mais competitivos, faz-se melhor uso do erário público, garantindo eficiência e economicidade, ampliando assim a base de fomento dos pequenos municípios.

4.3 Sistema próprio de licitações por meio do pregão eletrônico.

A Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP, a maior companhia pública de saneamento do país, é o único ente da Administração Pública que possui sistema próprio de licitações eletrônicas, por meio de pregão.

Os demais órgãos e empresas públicas que executam suas licitações por meio eletrônico o fazem por convênios, para utilização de ambientes eletrônicos de disputa de pregão, como é o caso do sistema do Banco do Brasil, que desenvolveu uma plataforma

eletrônica em que os órgãos públicos, de todos os entes da federação, podem se conveniar e executar suas licitações na modalidade pregão eletrônico.

O sistema de licitação da SABESP preza a segurança, transparência e agilidade que são os principais benefícios oferecidos pela adoção do pregão *online*, sob o comando da superintendência de suprimentos e contratações estratégicas da SABESP.

A empresa que tem a intenção de participar do pregão online da companhia deve fazer o credenciamento, via internet, no site www.sabesp.com.br. As informações registradas são verificadas pela área de cadastro e, após validação, é emitida a senha do licitante.

Na fase de recebimento de propostas, os dois últimos dias do prazo de divulgação do certame, os licitantes habilitados junto ao sistema enviam suas intenções de preço. O sistema verifica em tempo real a situação cadastral do interessado e, caso algum documento esteja vencido, o licitante, toma conhecimento e declara, de forma eletrônica, que atende às exigências de habilitação do edital.

A proposta aceita é criptografada e armazenada eletronicamente de forma segura, até a abertura das propostas, efetivada exclusivamente pelo pregoeiro que preside a sessão eletrônica.

Na data e hora pré-estabelecidas, o pregoeiro, mediante senha pessoal e intransferível, abre as propostas e, nesse momento, qualquer pessoa pode ter acesso às informações. O pregoeiro analisa as propostas e eventual desclassificação. O resultado da análise é acompanhado por todos os licitantes, bem como pelos visitantes, pois se trata de uma sessão pública e de acesso ao público.

Em seguida, o pregoeiro inicia a etapa de lances para os licitantes que foram classificados. Nesta etapa, os participantes enviam sucessivas propostas de preços, cujos valores são decrescentes. Nesta fase, não é revelada a identidade dos autores dos lances.

O pregoeiro acompanha a evolução do pregão, verifica se os preços estão próximos ao referencial e estimula a competição. O sistema eletrônico informa o horário de encerramento da etapa de lances. Caso julgue necessário, o pregoeiro pode estipular um novo prazo que é registrado no sistema e tornado público a todos que estiverem *online* no sistema.

Após o encerramento da etapa de lances, o pregoeiro negocia diretamente com o detentor do melhor lance. Se o preço for aceitável, é anunciado formalmente como a "melhor oferta", passando então a habilitação documental do licitante.

O mundo eletrônico trouxe para aqueles processos tradicionalmente realizados presencialmente, economia para as empresas que necessitam do leilão.

Segundo a presidência da companhia SABESP, observa-se que houve melhoria no processo, uma vez que a verificação das condições de participação da empresa é feita com base nas informações cadastrais, junto à Receita Federal, INSS, FGTS, para verificar não apenas se a pessoa jurídica existe, bem como qual é sua situação junto às diversas esferas de controle fiscal, comercial e outras. Então a possibilidade de uma empresa vir a fornecer dados errôneos no ambiente de pregão eletrônico não é viável.

Ainda sobre a segurança o sistema passa pela empresa de auditoria Price Waterhouse, contratada pela SABESP e que fornece certificado ao sistema da Sabesp que está orientado pelas melhores práticas mundiais de segurança de sistema. "Somos o único sistema de pregão eletrônico no Brasil a ter este selo", com o sistema, além de seguro, fica mais fácil apanhar a invasão, a falsidade ou a fraude em um sistema automatizado do que por outro processo.⁴⁹

4.4 Sistema de licitação do Banco do Brasil.

O sistema de licitação do Banco do Brasil é uma ferramenta moderna para os administradores realizarem suas licitações de forma ágil e transparente, o Licitações-e.

Esta é uma solução que permite efetuar compras e contratar serviços utilizando os recursos da internet com total segurança e comodidade. Uma solução na redução de custos e melhora na gestão dos recursos públicos, em benefício da sociedade.

O sistema próprio do Banco do Brasil enumera as vantagens características do Licitações-e:

- Redução de custos. Em média, os preços das compras e contratações podem ser reduzidos de 20% a 40%, comparando-se com os valores de mercado;
- Propicia a atualização dos processos licitatórios;
- Produz agilidade para a conclusão dos processos licitatórios. O prazo para a realização de uma licitação convencional pode ser maior do que 120 dias. A mesma licitação, se realizada de maneira eletrônica, pode ser concluída em 20 dias;

⁴⁹ NOGUEIRA, Dalmo. **Como funciona o pregão eletrônico da SABESP**. Processo simplificado. (2004). Acesso disponível em: http://licitacao.uol.com.br/entrevistas_descricao.asp?cod=10. Acesso em: 20-03-2013.

- Desburocratiza os procedimentos necessários para a condução dos processos licitatórios;
- Amplia as oportunidades de participação, pois dispensa a presença física dos fornecedores interessados;
- Incrementa a competitividade. Mais de 100 mil fornecedores estão habilitados para fornecer produtos e serviços à administração pública, em qualquer local do País;
- Garante a transparência exigida dos administradores públicos;
- Permite a realização de licitações simuladas;
- Combate à formação de cartéis;
- Agrega a segurança da internet do Banco do Brasil; e
- Disponibiliza suporte telefônico. (BRASIL, 2013)

CAPÍTULO 5. PROBLEMATIZAÇÃO SOBRE PREGÃO ELETRÔNICO

5.1 Projeto de Lei que limita a utilização do pregão eletrônico.

As licitações realizadas na modalidade de pregão eletrônico, de acordo com doutrinadores e legisladores, é denominada a sexta modalidade de compras públicas, instituída pela MP nº 2.026/2000, e convertida na Lei nº 10.520/2002, e, após o pregão eletrônico normatizado propriamente, foi este regulamentado pelo Decreto Lei nº 5.450/2005.

Para que se tenha uma noção geral do procedimento do pregão objetiva este, com o embasamento dos bens e serviços comuns, a possibilidade de serem contratados conforme preceitua a legislação do pregão (Lei nº 10.520/2002).

A lei proíbe expressamente a licitação quando o objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especializações exclusivas.

A inexigibilidade de licitação decorre da inviabilidade de competição, em face da ausência de alguns pressupostos que autorizariam a instauração do certame.

A inviabilidade de licitação decorre da ausência de pluralidade de sujeitos em condições de contratar ou da impossibilidade de se compararem bens heterogêneos, não tendo como estabelecer critérios de escolha, podendo ser inviável pela singularidade de objeto, especialização notória etc.

O mestre Marçal⁵⁰ afirma que a inviabilidade de licitação é uma consequência que pode ser produzida por diferentes causas as quais consistem nas diversas hipóteses de ausências de pressupostos necessários à licitação.

Cabe à entidade promover o enquadramento legal adequado nos casos de inexigibilidade, quando se configurar situações de inviabilidade de competição, nos termos do artigo 10 do Regulamento de Licitações e Contratos, devendo atentar para o ato de que a inexigibilidade de licitação se sujeita à fundamentada demonstração de que a singularidade do objeto, aliada ao caráter técnico profissional especializado dos serviços e à condição de notória especialização do prestador, inviabilizam a competição no caso concreto, fazendo constar do processo correspondente os elementos necessários à comprovação dos referidos pressupostos.

⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Fórum, 2010, p. 269.

Art. 10. A licitação será inexigível quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - na aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros diretamente de produtor ou fornecedor exclusivo;

II - na contratação de serviços com empresa ou profissional de notória especialização, assim entendido aqueles cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com sua atividade, permita inferir que o seu trabalho é o mais adequado à plena satisfação do objeto a ser contratado;

III - na contratação de profissional de qualquer setor artístico;

IV - na permuta ou doação em pagamento de bens, observada a avaliação atualizada;

V - na doação de bens.

Hely Lopes Meirelles⁵¹ ensina que a impossibilidade jurídica de competição decorre da natureza específica do negócio ou dos objetivos apontados pela Administração, não cabendo pretender-se melhor proposta quando só um é proprietário do bem desejado pelo Poder Público ou reconhecidamente capaz de cumprir adequadamente determinado contrato.

5.1.1 Contratação de Profissional de Notória Especialização

A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, dispostos no inciso II do artigo 25 da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), bem como no inciso II, artigo 10, do Regulamento de Licitações e Contratos do Sistema S, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado.

Nas lições do mestre Hely Lopes Meirelles⁵² consta que:

Serviços técnicos profissionais especializados, no consenso doutrinário, são os prestados por quem, além da habilitação técnica e profissional – exigida para os serviços técnicos profissionais em geral -, aprofundou-se nos estudos, no exercício da profissão, na pesquisa científica, ou através de cursos de pós-graduação ou de estágios de aperfeiçoamento. Bem por isso, Celso Antônio considera-os singulares, posto que marcados por características individualizadoras, que os distinguem dos oferecidos por outros profissionais do mesmo ramo.

⁵¹ MEIRELLES, Hely Lopes apud ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descompilado**. 19 ed. rev. e atualizada. São Paulo: Método, 2011, p. 511

⁵² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 266.

Nota-se que o serviço deverá ter natureza singular, que conforme conceituado por Gasparini⁵³ é aquele que é portador de tal complexidade executória que o individualiza, tornando-o diferentes dos da mesma espécie, e que exige, pra a sua execução, um profissional ou empresa de especial qualificação.

A natureza singular resulta da conjugação de dois elementos, entre si relacionados, sendo um deles a excepcionalidade da necessidade a ser satisfeita e a ausência de viabilidade de seu atendimento por parte de um profissional especializado padrão. A natureza singular deve ser entendida como uma característica especial.

Para a execução do serviço de natureza singular, a lei exigiu o requisito de notória especialização, ou seja, há a necessidade dos dois requisitos conjuntamente: a especialização e a notoriedade assim definidos por Marçal Filho⁵⁴:

A **especialização** consiste na titularidade objetiva de requisitos que distinguem o sujeito, atribuindo-lhe maior habilitação do que a normalmente existente no âmbito dos profissionais que exercem a atividade. Isso se traduz na existência de elementos objetivos ou formais, tais como a conclusão de cursos, pós-graduação (...). O que não se dispensa é a evidência objetiva da especialização e qualificação do escolhido.

A **notoriedade** significa o reconhecimento da qualificação do sujeito por parte da comunidade. Ou seja, trata-se de evitar que a qualificação seja avaliada exclusivamente no âmbito interno da Administração (...). Não se exige notoriedade no tocante ao público em geral, mas que o conjunto dos profissionais de um certo setor reconheça no contratado um sujeito dotado de requisitos de especialização.

A notória especialização não é uma causa de configuração da inexigibilidade de licitação, mas de seleção do profissional a ser contratado. Essa contratação direta far-se-á pela impossibilidade de critérios objetivos de julgamento e pela ausência de disponibilidade dos profissionais capacitados.

Para a devida configuração da notória especialização não se faz necessário que a empresa ou profissional sejam únicos no mercado, mas precisam reunir algumas particularidades, especialidades que os diferenciam dos demais prestadores de serviços.

Ressalta-se ainda que não basta que o serviço seja técnico, sendo indispensável também que seja de natureza singular, prestado por profissionais ou empresas de notória especialização.

⁵³ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.492

⁵⁴ JUSTEM FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 284

Na Orientação Normativa nº 18, de 1º de abril de 2009, a Advocacia Geral da União considerou, como serviço de notória especialização, aqueles prestados por conferencistas e palestrantes:

Contrata-se por inexigibilidade licitação com fundamento no art. 25, inc. II, da Lei nº 8.666, de 1993, conferencistas para ministrar cursos para treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, ou a inscrição em cursos abertos, desde que caracterizada a singularidade do objeto e verificado, tratar-se de notório especialista.

INDEXAÇÃO: Contratação. Professor. Conferencista. Instrutor. Treinamento. Aperfeiçoamento. Curso Aberto. Inexigibilidade. Singularidade. Notório Especialista.

Há quem defenda que a inexigibilidade de licitação seja aplicável a toda contratação de treinamento de servidores, sem qualquer restrição, como assevera o magistrado Antônio Carlos Cintra do Amaral⁵⁵:

A Administração não pode realizar licitação para treinamento, porque os profissionais ou empresas são incomparáveis. Não há, portanto, viabilidade de competição. A adoção do tipo de licitação de 'menor preço' conduz, na maioria dos casos, à obtenção de qualidade inadequada. A de 'melhor técnica' e a de 'técnica e preço' são inviáveis, porque não se pode cogitar, no caso, de apresentação de proposta técnica. A proposta técnica seria, a rigor, o programa e a metodologia, de pouca ou nenhuma diferenciação. O êxito do treinamento depende, basicamente, dos instrutores ou docentes. Que são incomparáveis, singulares, o que torna inviável a competição.

Não há como divergir do doutrinador quando salienta que os possíveis instrutores são incomparáveis. É evidente que o êxito do treinamento depende da pessoa do instrutor, e não apenas do programa e da metodologia.

A licitação inexigível é aquela em que não há viabilidade de sua realização por falta de competitividade, seja pela singularidade do objeto ou do ofertante. Nesses termos, a relação trazida à baila no art. 25 da Lei de Licitações ou no artigo 10 do Regulamento de Licitações e Contratos do Sistema S é meramente exemplificativa, ou seja, pode haver situações outras em que a competição é inexigível, o que enseja a incidência da referida exceção do dever de licitar. Em outras palavras, a expressão “em especial” disposta no final do caput do art. 25 reforça a natureza do instituto, de que as hipóteses elencadas em seus três incisos estão em *numerus apertus*.

Da análise dos dispositivos, têm-se como requisitos para a inexigibilidade de licitação para contratação de serviços advocatícios: a natureza singular e a notória especialização do executor.

⁵⁵ AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. **Atos Administrativos, Licitações e Contratos Administrativos**. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 111.

O § 1º do art. 25 dá-nos a definição de notória especialização, nos seguintes termos:

Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Conforme devidamente defendido por Cintra do Amaral⁵⁶, a Administração Pública através de seu poder discricionário poderá escolher diretamente, sem licitação, a proposta mais adequada.

Se o profissional ou empresa de notória especialização fosse - como muitos desavisadamente sustentam - o único, não se poderia dizer que seria o mais adequado. Se a lei se refere ao mais adequado, o pressuposto é de que há pelo menos dois, dentro os quais a autoridade superior escolhe um. Em princípio a Administração tem liberdade (discricionarietà) para determinar qual desses, em seu entender e em casos concretos, é o mais adequado. E contratá-lo diretamente, sem licitação. Salvo em certos casos em que o fator predominante não é o instrutor ou docente porque o grau de complexidade do treinamento é mínimo, o que lhe retira o caráter de singular.

Assim, considerando que os profissionais ou empresas são incomparáveis, há inviabilidade de competição, impossibilitando a Administração Pública de realizar procedimento licitatório, haja vista que a adoção do tipo de licitação de “menor preço” resultaria, na maioria dos casos, na obtenção de qualidade inadequada; a de “melhor técnica” e “técnica e preço” seriam inviáveis, pois não se poderia solicitar a apresentação de proposta técnica, tendo em vista que a mesma seria, a rigor, o programa e a metodologia, de pouca ou nenhuma diferenciação.

É importante registrar que o êxito do treinamento depende, basicamente, da atuação dos instrutores ou docentes que são incomparáveis, singulares, o que torna inviável a competição.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁷, conhecendo o caráter subjetivo para a contratação direta por inexigibilidade de licitação, elucida com brilho a questão:

É natural, que, em situações deste gênero, a eleição do eventual contratado – a ser obrigatoriamente escolhido entre os sujeitos de reconhecida competência na matéria, recaia em profissional ou empresa cujos desempenhos despertem no

⁵⁶ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Licitação e Contrato Administrativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.126.

⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 552.

contratante a convicção de que, para o caso, serão presumivelmente mais indicados do que os de outros, despertando-lhe a confiança de que produzirá a atividade mais adequada para o caso.

Da mesma forma como previsto no artigo 25, II, c/c com o artigo 13 da Lei de Licitações o Regulamento de Licitações e Contratos dos Serviços Sociais Autônomos dispõe em seu artigo 10: “A licitação será inexigível quando houver inviabilidade de competição, em especial”.

A inviabilidade de competição na contratação de cursos não reside, na exclusividade, mas, especialmente, na impossibilidade de haver critérios objetivos pela singularidade e notória especialização. Corroborando com esse entendimento, o TCU já se manifestou nos seguintes termos:

(...) São tantas as variáveis que influem na definição do perfil ideal dos professores e instrutores adequados a cada caso, que dificilmente se pode defender a tese de que haja efetiva viabilidade de licitação para formalizar tais contratos (TCU- Decisão nº 747/97).

Portanto, a Administração não pode realizar licitação para treinamento porque os profissionais ou empresas são incomparáveis. Não há, portanto, viabilidade de competição. A adoção de uma licitação do tipo menor preço, por exemplo, poderia conduzir à obtenção de uma qualidade inadequada. Sendo assim, verifica-se que, diante das qualidades dos palestrantes do curso, estarão configurados os requisitos da singularidade do objeto e notória especialização dos profissionais, visto que as características dos profissionais envolvidos são pessoais, subjetivas, portanto. Deve ser levado em conta critérios como a didática do ministrante, o conhecimento do assunto, a experiência profissional, dentre outros, na forma como já reconheceu a Corte de Contas, a legitimar a contratação dos serviços técnicos profissionais especializados por inexigibilidade.

Desse modo, o Enunciado de Súmula nº 264/2011 do TCU estabelece que a contratação direta fundamentada na existência de notória especialização somente será viável quando ficar devidamente comprovada a natureza singular do objeto licitado:

A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/93.

5.1.2 Projetos de Lei

A ampliação nacional da utilização da modalidade de licitações denominada pregão, como forma de aquisição de produtos e serviços comuns pelo Poder Público, deu origem a uma avaliação legislativa sobre os limites do pregão.

Desta concepção passou-se a observar quando a utilização do pregão de fato é vantajosa, sobre o prisma da economia e da eficiência, em especial para as contratações de alguns serviços específicos, que compõem características delicadas.

Por esta razão o Legislativo passou a produzir projetos de lei que tramitam atualmente no sentido de impor limitações à aplicação da modalidade pregão para casos definidos nestes projetos.

Em 2008, o Deputado Federal Laércio Oliveira apresentou o projeto de lei nº 4027/2008, cujo objeto dispõe sobre a realização de licitação na modalidade pregão eletrônico no âmbito da Administração Pública.

Este projeto, que desde 2011 circula na mesa diretora da Câmara dos Deputados, com último requerimento de nº REQ-331/2011, tem o seguinte texto:

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. Exclui-se da classificação de serviços comuns, para efeito da realização de licitação pública na modalidade pregão eletrônico, quando a estimativa do valor global do contrato ou projeto básico indicar a preponderância de mão-de-obra em percentual igual ou superior a 50% (cinquenta por cento).

Art. 2º Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

A justificativa legislativa para a aprovação deste projeto de lei está no próprio critério de execução do Decreto 5.450, que estabeleceu a criação do pregão na forma eletrônica, visto que determina que o pregão eletrônico também se aplica à contratação de serviços comuns.

Entende o legislador em sua justificativa para a propositura do projeto de lei, que é inadmissível a contratação desse tipo de serviço com uso da modalidade pregão eletrônico.

Segundo o legislador, não sendo possível aceitar que mais de 90% (noventa por cento) dos custos de empresário do setor de prestação de serviços é destinado exclusivamente ao pagamento dos salários de seus funcionários, diante deste contexto não sendo possível que este serviço seja adquirido através de um “leilão” dos preços ofertados pelas empresas interessadas no certame licitatório.

Diz o Deputado Laércio Oliveira, autor do projeto:

Não é possível utilizar dessa modalidade para reduzir os valores de contrato, pois dados técnicos, como por exemplo, a base salarial da categoria, deve ser levada em conta.

No ato da realização do pregão, a estratégia de conseguir o serviço pelo menor preço do mercado obriga o empregador a reduzir este valor, na maioria das vezes, abaixo dos valores necessários à sua boa atuação empresarial.

Acabando, assim, por não ter condições de honrar compromissos, sejam de pagamento de salários, sejam de recolhimento de tributos.

Sem poder participar e sem ter condições de honrar contratações, o empregador não encontra outra solução que não a dispensa dos funcionários. Ou seja, gerando um cenário crescente de falta de vagas e conseqüente desemprego dos profissionais prestadores de serviços.

Ações legislativas também foram implementadas pelo poder legislativo paulista; no mesmo ano de 2008 foi apresentado pelo Deputado Estadual Campos Machado, o projeto de lei nº 518, dispondo sobre a realização de licitação, na modalidade pregão, no âmbito do estado.

O projeto que aguardar a ordem do dia, ou seja, esta na fila para a votação em plenário, já passou pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), teve requerimento em 2009 para tramitação com urgência e teve voto favorável na Comissão de Finanças, Orçamento e Planejamento.

Este projeto tal qual a intenção do projeto que tramita na casa legislativa federal, tem o seguinte conteúdo:

Artigo 1º - Ficam excluídos da classificação de serviços comuns, para efeito da realização de licitação na modalidade pregão, os serviços cuja estimativa de valor global do contrato ou do projeto básico, indique a preponderância de mão-de-obra em percentual igual ou superior a 50% (cinquenta por cento).

Artigo 2º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Contempla a justificativa do legislador para o oferecimento do projeto à votação, que a modalidade de licitação na forma de pregão em qualquer esfera da Administração Pública trouxe não somente agilidade e eficiência na aquisição de bens e serviços, como em sua avaliação sensível economia ao erário.

A proposta de excluir da modalidade pregão os serviços na lei denominados “comuns”, quando o valor global do futuro contrato ou do projeto básico indicar preponderância mínima de mão de obra de 50%, é segundo o legislador medida das mais salutares uma vez que permeia na regulação complementar, que é afeta aos Estados, Distrito Federal e Municípios, uma segurança jurídica em favor dos trabalhadores dessas empresas licitantes.

As questões trazidas nos projetos apresentados já é lei no Distrito Federal, promulgada em 19 de junho de 2008, e teve autoria do Deputado Distrital Leonardo Prudente. A Lei 4.161/2008 traz o seguinte texto:

O GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL,

Faço saber que a Câmara Legislativa do Distrito Federal decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Ficam excluídos da classificação de serviços comuns, para o efeito da realização de licitação na modalidade pregão, os serviços cuja estimativa de valor global do contrato ou do projeto básico indique a preponderância de mão-de-obra em percentual igual ou superior a cinquenta por cento.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

5.2 A intenção da inversão das fases

O funcionamento do pregão eletrônico se dá pela inversão das fases, ou seja, nas modalidades tradicionais primeiro se abre os envelopes da documentação de habilitação e posteriormente a abertura do envelope de preços.

Em sentido geral essas linhas são:

- Publicação de edital pelo órgão;
- Envio de proposta eletrônica pelos fornecedores habilitados;
- Abertura e classificação das propostas iniciais recebidas dentro do prazo definido pelo pregoeiro;
- Na sala virtual de disputa, serão abertas: sessões de lances, coordenadas pelo pregoeiro, com os licitantes que tiverem as suas propostas iniciais classificadas;
- Na sala virtual de disputa haverá a: manifestação de intenção de recursos pelo licitante;
- Na sala virtual de disputa haverá negociação, em sala privativa, do pregoeiro com o licitante vencedor;
- O julgamento será conduzido pelo pregoeiro e equipe de apoio, em relação aos recursos impetrados pelos licitantes;
- Correrá a adjudicação, ou não, do objeto ao licitante vencedor pelo pregoeiro;
- Em seguida ocorrerá a homologação da licitação adjudica pela autoridade competente;

Em todas as fases do pregão eletrônico, o usuário, para se obter acesso à área restrita aos fornecedores, deverá identificar-se através de Login, pois, somente usuários autorizados pela empresa poderão participar das licitações.

Acreditando que a celeridade do processo licitatório com a utilização do pregão eletrônico está na inversão das fases, em comparação com a metodologia de processamento da licitação imposta pelas modalidades tradicionais da Lei 8.666/93, o Poder Legislativo tem voltado sua atenção a buscar alternativas de igualar em celeridade as concorrências, tomadas de preços e convites, ao que ocorre nos pregões.

Com este propósito tramita na Câmara dos Deputados em Brasília, projeto de lei cuja intenção é a alteração parcial da Lei nº 8.666/93, em especial atenção aos artigos 41, 43 e 51.

O projeto de lei nº 1/2011 de autoria do Deputado Federal Maurício Rands, apresentado em 03 de Fevereiro de 2011, que aguarda apreciação da Comissão de Finanças e Tributação (CFT), já teve aprovação da mesa diretoria e também foi analisado e aprovado pela Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público (CTASP) da Câmara Federal.

O projeto legislativo que conta com 7 (sete) artigos, prevê a inversão de fases, assim nas concorrências, tomadas de preços e convites, que habitualmente iniciam-se com a abertura dos envelopes de documentação, passará a ocorrer como nos pregões, ainda que não tenha a disputa de lances nestas modalidades licitatórias, o procedimento se inverte passando a abrir logo no início da sessão pública os envelopes contendo as propostas das empresas interessadas em arrematar o objeto licitado.

Tão logo se defina as empresas cujas propostas estão dentro dos parâmetros financeiros da licitação colocada à disputa, passa-se a abertura dos envelopes de documentação.

A diferença de formatação em relação aos atos praticados no pregão, é que nas concorrências, tomadas de preços e convites por não haverem disputas de lances, a previsão legal do projeto é que abrirá os envelopes de documentação de todas as empresas adequadamente classificadas na fase de análise das propostas, o que não ocorre no pregão em que apenas os documentos da empresa vencedora na disputa de lances tem seus documentos avaliados em habilitação.

O projeto inova atingindo outros francos do processo licitatório tradicional, ele altera o artigo 43, inciso I da Lei nº 8.666/93 incluindo no texto legal a obrigatoriedade do

licitante apresentar no momento de entrega dos envelopes proposta, declaração firmando que o interessado no certame possui toda a documentação necessária e cumpre todos os requisitos legais para posterior habilitação.

Este cuidado merece a análise da intenção, tendo em vista a idéia de inverter as fases do processo nas modalidades da Lei nº 8.666/93, o legislador pretende com isto o comprometimento do participante do certame licitatório, de que este não apenas apresente uma proposta adequada às intenções da Administração Pública, mas que se comprometa que tem condições de habilitação plena no certame.

Este conceito do projeto de lei permitirá mais celeridade na avaliação das empresas, até mesmo na abertura de processo punitivo, fazendo uso da falsa declaração de cumprimento das normas de habilitação, quando observado o não atendimento no momento da abertura dos envelopes contendo a documentação.

O próprio texto legal do projeto já define a penalidade a ser aplicada ao licitante que inabilitado, ficar comprovada à má fé em decorrência da declaração apresentada, nestes casos a empresa licitante será apenada com o impedimento do direito de licitar e contratar com o poder público pelo prazo de 1 (um) ano, conforme previsão do parágrafo 4º do artigo 3º do projeto de lei.

Ainda sim, em uma avaliação efetiva do projeto legislativo, verifica-se uma falha conceitual no formato previsto para aplicação da penalidade, não faz menção específica do que seria o impedimento de licitar e contratar com o poder público, em linhas gerais é omissivo o projeto de lei o sentido de esclarecer quais as esferas da administração pública ficará o apenado proibido de exercer seu direito de participação nas licitações públicas.

Não é possível saber se a penalidade imposta impede a empresa apenas no órgão que deu origem à penalidade, ou ainda, se tal punição estende-se para toda a administração do qual pertence o órgão licitante.

Ainda mais amplo, se esta punição o expurga de participar das licitações promovidas no todo estado de origem do órgão licitante ou aumentando a severidade da pena se esta exclusão temporal impõe a não participação em todo o território nacional, seja em órgãos da administração municipal, estadual, federal e distrital, esta falha de especificação, trará um aumento de demandas judiciais para ofertar a limitação de amplitude da pena.

Porquanto, a expressão “poder público”, estampada no título legislativo, é vaga a ofertar diversas interpretações a cargo do interesse de cada parte.

5.3 As dificuldades dos pequenos municípios para realizar pregão eletrônico.

A Constituição Federal em seu art. 37, elenca a necessidade da aplicabilidade da transparência como instrumento indispensável ao gestor público. Cabendo ainda ao gestor promover na sua administração instrumentos que garantam o acompanhamento da sociedade em suas ações, de forma transparente, como é o caso, por exemplo, da gestão participativa da sociedade, na Lei Federal nº 10.257/01, art. 43.

Art. 43. Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos:

- I – órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal;
- II – debates, audiências e consultas públicas;
- III – conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal;
- IV – iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;
- V – (VETADO)

No que tange aos problemas relacionados às dificuldades do pregão eletrônico em especial, os municípios brasileiros de menor porte vêm enfrentando uma série de dificuldades, entre elas, mão de obra pouco qualificada por parte dos atores públicos, limitações financeiras, demanda aumentada por conta dos anseios da sociedade no que diz respeito à melhoria continuada da qualidade de vida de seus cidadãos.

Assim sendo, é exigida uma atenção voltada para o melhor uso do dinheiro público, em específico nas aquisições de bens e serviços para as prefeituras. No caso dos pequenos municípios onde os recursos tanto (físicos e humanos) são limitados, o que desfavorece as atividades públicas em dano ao atendimento a pretensões da sociedade.

Justem Filho⁵⁸ acrescenta:

Uma das dificuldades do gestor municipal é atender o interesse público. Para atingir esse objetivo, em muitos casos, se faz necessário contratar outras organizações fornecedoras (particular ou terceiros), para a realização de bens e serviços comuns. No entanto, inversamente do que ocorre na iniciativa privada, o agente público não é livre para contratar quem bem entender ou quem quer que seja seus contratos, via de regra, dependem de um procedimento licitatório.

A gestão pública municipal deve ter como princípio a boa contratação, pois, não é apenas deixar registrado nos procedimentos de compra que a contratação foi pelo menor preço, mais um conjunto de regras e princípios aceitos pelo direito público, tendo-se como,

⁵⁸ JUSTEM FILHO, Marçal. **Pregão**: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 14 ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 145

por exemplo, a transparência, a competitividade, a moralidade e a eficiência, que garantam uma contratação profícua e legal sob o ponto de vista da lei.

É nesse embasamento que destaca Barros⁵⁹:

A licitação, na sua evolução histórica, deixou o aspecto exclusivamente econômico para se transformar em instrumento que, embora continue visando outorgar tal benefício à administração pública, buscou também garantir a possibilidade de participação de todos os interessados sujeitando aquele a com comprometimento de obediência à lei e ao edital ao agir impessoal, moral e probo.

Com o uso do sistema da informação, o pregão eletrônico se torna uma ferramenta e instrumento de contratação na gestão municipal, podendo garantir a manutenção de princípios indispensáveis no dia a dia do gestor municipal. Corrobora Justem Filho⁶⁰:

Permite um número maior de fornecedores participantes, com baixo investimento, já que o único investimento é possuir um computador conectado a internet para participar simultaneamente de vários pregões ao mesmo tempo, sem ter que se deslocar para outras cidades. Desta forma, não só reduz custo para o fornecedor, mais principalmente para a administração pública, uma vez que aumenta o número de participantes, aumentando assim a competição.

Muitos são os municípios brasileiros, contando que são mais de 5.500, que se quer possuem instrumentos adequados de informatização, precedente indispensável para utilização dos pregões eletrônicos.

Desta incapacidade técnica, nascida muitas vezes pela impossibilidade financeira, faz com que estas pequenas cidades fiquem expurgadas da possibilidade de ampliar a oferta de propostas em suas licitações, ficando restritas a um universo local de fornecedores.

5.4 A implementação do pregão e a redução do prazo recursal.

O pregão tem sua fase de lance que altera, no seu decurso, os valores da proposta escrita. Antes as licitações (exceto leilão) eram realizadas com propostas firmes. Na fase de lance no pregão há características que celebra pela competição e pela anterioridade do menor preço. Dessa forma, nem todas as propostas válidas vão para a fase de lance, somente a de menor preço e as que não excederem a 10% dessa de menor valor. Caso fossem todas as propostas, os licitantes elevariam seus preços e aguardariam os lances para

⁵⁹ BARROS, W. P. **Licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 134.

⁶⁰ JUSTEM FILHO, Marçal. **Pregão**: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 14 ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 45.

baixá-los e poderia haver casos em que, não comparecendo outros licitantes ou mais de uma proposta válida, tal licitante saísse vencedor. Ao contrário, o licitante que elevar o preço estará se arriscando a não participar dos lances.

Encerrados os lances, ou caso não os tenha havido, o pregoeiro deve, ainda, propor negociação do valor para o licitante de menor lance final, a fim de conseguir melhor condição de preço. Somente após a fase de lances/negociação, o pregoeiro, então, decidirá pela aceitabilidade das propostas, classificando-as segundo a ordem decrescente de preço⁶¹.

Dentro da fase recursal do pregão eletrônico, se encontra pontos neviosos que têm gerado entendimentos variados sobre o tema e que se alternam de licitação para licitação e de entidade para entidade, trazendo incerteza àqueles que atuam no mercado de licitações.

As interposições do recurso devem ser realizadas no final da sessão pública do pregão, ficando o recorrente intimado de que poderá apresentar memoriais, desenvolvendo por escrito as razões de seu desagrado exibidos na sessão, no prazo de 3 dias corridos, ficando os demais licitantes intimados na própria sessão de que poderão contra-arrazoar em igual número de dias, que começarão a correr no término do prazo do recorrente, sendo assegurada vista imediata dos autos. Os licitantes poderão ter vista das propostas e dos documentos de habilitação examinados pelo pregoeiro e sua equipe, bem como do próprio processo, antes de decidir sobre a interposição do recurso.

Interposto o recurso, o pregoeiro poderá reformar a decisão contra qual se insurge o recorrente, se for de sua competência, ou encaminhá-lo instruído com os motivos de sua decisão à autoridade definida no artigo 3º do Decreto nº 47.297/2002.

O recurso tem efeito suspensivo e seu amparo importará a anulação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento.

A problemática, já mencionada, sobre o momento recursal se apresenta no entendimento não unificado pelos órgãos licitantes quanto ao momento de abertura do sistema para a interposição, fundamentada, das intenções de recurso, em que pese à lei não deixe dúvidas de que o momento de interposição de liberação do ambiente eletrônico para interposição do recurso é ao final da definição do menor preço aceito pelo órgão licitante.

Muitos pregoeiros defendem que a lei ao definir este conceito estava dizendo que a manifestação do recurso é apenas depois de declarado o vencedor, o judiciário nas decisões das demandas tem efetivado de forma contundente que o momento adequado

⁶¹ MAURANO, A. A instituição do pregão para aquisição de bens e contratação de serviços comuns. **Jus Navegandi**, Teresina, 8, n. 235, 28 fev. 2004. Disponível em: www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4879. Acesso em: 15-03-2013.

não é quando defini-se o vencedor e sim, quando se obtém o menor preço aceito pelo órgão, o que não garante aquela empresa licitante que será vencedora.

Além da questão trazida, a uma perda por parte das empresas licitantes, no que diz respeito aos pregões, em comparação com as modalidades da Lei nº 8.666/93, quanto ao período temporal para apresentação do recurso.

O advento do pregão reduziu em 40% o prazo de apresentação dos recursos, saindo dos anteriores 5 (cinco) dias úteis, para os atuais 3 (três) dias úteis, esta redução que contribuiu para celeridade do processo, trouxe para as empresas um aumento de custo com honorários advocatícios e por decorrência um aumento de demanda para os advogados.

Isto ocorre em decorrência de que a empresa que atua fortemente no setor público, e, portanto, participa de diversas licitações, acumula com frequência um grande número de recurso administrativo a serem interpostos.

5.5 Fraudes licitatórias no sistema eletrônico.

As fraudes em licitações é um dos problemas enfrentados pela Administração Pública brasileira, condutas essas articuladas que são identificadas em todos os níveis federativos tendo seu agravamento em municípios onde a fiscalização muitas vezes é insuficiente.

As compras públicas são sempre muito vulneráveis, assim, a transparência trazida pelo pregão eletrônico surge como uma ferramenta de combate que pode ser utilizada pelo governo. A universalidade de participação de fornecedores dificulta as fraudes, o que diminui a ocorrência de corrupção dos agentes públicos.

Portanto, o pregão eletrônico tem a vantagem de utilizar total divulgação de informações, o que torna as licitações mais transparente do que as demais formas de compra. Abusando do poder arbitrário, agentes públicos podem apadrinhar determinadas empresas, que se prevalece das vantagens obtidas para aumentar seus lucros. O efeito desse processo é a perda expressiva de eficiência no uso dos recursos públicos, em prejuízo de toda a sociedade.⁶²

⁶² CASTRO, L. I. **Combate a corrupção em licitações publicas**. Documento de trabajo 07-03. serie de economia. Universidad Carlos III. Madrid, 2007.

Corroborando com Vasconcelos⁶³ quem mais se beneficia com essa nova modalidade de licitação é a sociedade, pois no Governo Federal, todos os lances e eventos de um pregão são registrados em atas eletrônicas no endereço do Compras Net que podem ser consultadas por qualquer cidadão interessado.

Para Justem Filho⁶⁴ a utilização do pregão eletrônico deve ser reconhecida como um instrumento seguro para inibir a formação de cartéis e fraudes, e ainda para minimizar ou reduzir custos municipais, a lei antiga nº 8.666/93, exige o atendimento a uma série de procedimentos.

A inovação tecnológica que invade a administração pública com a criação do pregão eletrônico, também auxilia os maus feitores que com ferramentas eletrônicas criam novos meios de fraudar as licitações públicas.

A última geração de meio de fraude em licitações se deve ao uso do denominado “robô”, que não tem previsão de ilegalidade em sua utilização.

O robô⁶⁵ como é chamado o *software* utilizado por empresas para fomentar a participação nos processos licitatórios, atua de forma silenciosa e ágil.

As licitações eletrônicas por meio do pregão, funcionam de forma sincronizadas, com determinação de tempo para inclusão dos lances e janela única de introdução de dados de preços.

Diante desta característica o robô atua ocupando, em tempo impossível para a ação humana, a janela de lances ofertando lances mínimos continuamente de modo a permanecer a empresa que utiliza o *software* sempre em primeiro lugar, por ser a empresa que oferta permanentemente a colocação de menor oferta.

Matéria da revista Isto é de 2011 denunciava esta prática com chamada: “Golpe no Pregão Eletrônico”, segundo as apurações investigativas da revista o software é vendido por R\$ 5.000,00 (Cinco Mil Reais), os criadores do programa indicam aos interessados na aquisição da ferramenta eletrônica que a utilização deste subterfúgio oferta às empresas que o utilizam uma probabilidade de mais de 95% de ganhar o pregão, conforme notícia o periódico.

Ao longo da matéria fora entrevistado o Secretário de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, que admitiu que a utilização do robô se dá pela

⁶³ VASCONCELOS, F. **Licitação pública**: análise dos aspectos relevantes do pregão. (2005). Disponível em: <http://cej.ufpb.br/primafacie/prima/artigos/n7/licitacao.pdf>. Acesso em 25-02-2013.

⁶⁴ JUSTEM FILHO, Marçal. **Pregão**: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 14 ed. São Paulo: Dialética, 2005.

⁶⁵ Revista Isto é de Junho/2011, edição no. 2168, p. 38-41.

necessidade de aprimoramento dos sistemas de pregão eletrônico, afirmou o secretário à época que havia por parte do governo a intenção de criar meios de proibição da utilização do robô.

Ainda em 2011, o Deputado Federal Geraldo Resende apresentou projeto de lei nº 1592/2011, cuja finalidade volta-se à proibição da utilização desta ferramenta nas licitações públicas.

O projeto que desde maio de 2012 encontra-se na Comissão de Finanças e Tributação (CFT) da Câmara dos Deputados, já foi aprovado pela Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI).

O teor do projeto que contém 4 (quatro) artigos é objetivo e direto, proibi de forma literal a utilização de quaisquer softwares que venha a substituir a atuação de uma pessoa em pregões eletrônicos e licitações públicas realizadas na rede mundial de computadores.

Estabelece ainda o projeto de lei punição severa a empresa que for flagrada utilizando-se de qualquer ferramenta desta natureza para se favorecer nas licitações, impondo uma pena de impedimento de participação e contratação com a Administração Pública por 2 (dois) anos.

O conceito de Administração Pública definido no projeto de lei federal atinge de forma ampla e irrestrita todos os órgãos das administrações municipais, estaduais, federais e distritais.

A justificativa legal apresentada pelo autor do projeto para a apreciação da casa legislativa, se traduz na quebra de igualdade imposta na utilização do robô.

Ainda que tenham esforços contundentes do poder público para coibir esta prática desleal, mas não ilegal do ponto de vista jurídico, pelo menos por hora, a dificuldade está sempre em angariar provas reais que possam subsidiar o processo punitivo contra a empresa que utiliza a ferramenta.

Aliás, o próprio projeto é omissivo neste sentido, não traz qualquer menção sobre medidas de identificação do uso, nem mesmo estabelece formas adequadas de proteção aos sistemas governamentais contra esta prática.

5.6 As falhas do sistema eletrônico do pregão na transmissão dos dados.

Ao longo do desenvolvimento desta dissertação, participamos de inúmeras licitações eletrônicas, na qualidade de visitantes, permissiva comum nos sistemas eletrônicos de compras públicas.

Diversas foram às ocasiões em que nos deparamos com menções no sistema por parte das empresas participantes dos certames eletrônicos, queixando-se de que haviam

enviado lances que não foram computados pelos sistemas, ou que tenham registrado propostas que não apareciam na abertura da sessão pública eletrônica.

Todos os sistemas de pregão eletrônicos existentes no país são auditados anualmente, além disso, os órgãos gerenciadores de sistemas de compras eletrônicas orientam os órgãos públicos conveniados a utilizarem o ambiente eletrônico a fazerem verificações contínuas dos procedimentos de atuação no ambiente de disputa.

Apesar de medidas desta natureza diminuírem o volume de reclamações por parte das empresas participantes das licitações, o fato concreto é que salvo constatação de falha objetiva do sistema, a responsabilidade na inclusão e transmissão dos dados é de exclusividade das empresas licitantes.

Cabendo a estas a comprovação de execução dos atos e a efetiva falha do sistema ou até mesmo do manuseio pelos pregoeiros responsáveis pela gestão das sessões públicas.

No judiciário não se encontra demandas desta natureza, justamente pela dificuldade de angariar provas efetivas da responsabilidade da falha, e até mesmo do momento real em que estas ocorrem. Com isto as empresas, até mesmo para não se indisporerem com seus futuros clientes, mantêm esta discussão na esfera das demandas administrativas, sem provocar o judiciário para dirimir estas situações.

5.7 Análise crítica

A análise crítica a ser feita sobre toda a problematização do pregão eletrônico, gira em torno das questões periféricas de importante meio de contratação pública, isto porque a celeridade processual certamente foi atingida com o nascimento do pregão, em especial na sua forma eletrônica, não obstante seja fundamental observar a eficiência desta ferramenta na aquisição de todos os tipos de bens e serviços consumidos pelo poder público.

Os projetos de lei que visam limitar a utilização do meio eletrônico de compras, é por certo um termômetro da necessidade de análise individualizada desta utilização, tendo talvez como critério a separação efetiva de bens e serviços, pela característica do produto que impõe severa adequação da forma de compra.

A intenção da inversão das fases de processamento das licitações das modalidades mais antigas pode ser um alavanca para igualar em celeridade todas as modalidades, de modo a oferecer ao órgão contratante opções de ferramentas jurídicas para alcançar o objetivo da melhor aquisição, no que tange ao preço e qualidade.

A redução do prazo recursal com a chegada do pregão é parte integrante do conjunto de atos para ampliar a celeridade do processo, ainda sim pode no futuro causar prejuízos tanto para o poder público como para as empresas.

No tocante as empresas que podem diminuir suas participações nos certames por não contarem com equipes técnica se jurídicas tão grandes, que possam dar conta de apresentar recursos em tão pouco espaço de tempo em tantas licitações como de fato existem diariamente.

Pelo lado do poder público é que esta redução de participações no futuro, poderá gerar uma queda considerável no volume de ofertas, imperando a lei de mercado em que a redução de ofertas prova o aumento dos preços.

As fraudes por certo são um problema a ser encarado constantemente, pois ainda que projetos de lei específicos estejam tramitando nas casas legislativas, há falhas de conceito que podem gerar futuras leis inadequadas a realidade dos fatos, do mesmo modo é preciso aprimorar os meios eletrônicos para redução das falhas de transmissão, inclusive desenvolvendo metodologias de identificação da parte que gerou a falha, até mesmo para se chegar a uma identificação objetiva de responsabilização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa das considerações finais, esta será elaborada com base no conteúdo tratado nesta dissertação. Sabe-se que, para poder alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, fazer concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, a Administração deve obedecer a um procedimento constitucionalmente garantido, que é a licitação. Através de tal procedimento administrativo, a Administração Pública convoca os interessados à apresentação de propostas, com o escopo de selecionar aquela que se mostrar mais conveniente em função de parâmetros previamente divulgados.

A Lei nº 8.666/93, que dispõe sobre licitações e contratos públicos, prescrevem as modalidades existentes no ordenamento, que são a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão. Os ditames legais sugerem requisitos pré-fixados para que se defina qual a modalidade ou o tipo a ser aplicado no certame licitatório, obedecendo à análise de fatores como qualidade, rendimento, preço, técnica a ser empregada, prazo previsto, entre outros, que conjugados ou isoladamente, determinarão as empresas habilitadas e aptas a contratar com a Administração Pública.

A Medida Provisória nº. 2.026/00 criou ainda uma nova modalidade, o pregão, que trouxe bastantes inovações como, por exemplo, a inversão das fases de habilitação e julgamento, a redução do tempo para divulgação se comparado com a tomada de preços e concorrência, a possibilidade de disputa com lances verbais e inexistência de restrição quanto ao valor do futuro contrato, acarretando uma maior rapidez e eficiência ao certame.

Por sua vez, a Lei nº. 10.520/02 permite a contratação pelo sistema de registro de preços, ou seja, por meio de uma única licitação pode-se atender a diversas requisições, de diferentes órgãos, agilizando procedimentos e evitando diversas licitações para um mesmo tipo de produto ou serviço.

Antes da aprovação da Lei do Pregão, o registro de preços só era permitido na modalidade concorrência. Desta forma, o pregão passa a ser adotado na contratação por registro de preços, de bens e serviços. Esta medida permitiu a agilização de procedimentos e a obtenção de preços menores nessas compras, de forma conjunta, atendendo à União, aos Estados e aos Municípios.

São muitos os benefícios trazidos pelo emprego do pregão, principalmente do pregão eletrônico pela administração pública. Ao facilitar a participação de empresas dos mais distantes locais do território nacional pela utilização de um processo não presencial,

isto é, efetuado integralmente pela Internet, garante a igualdade de oportunidade a todos que desejarem participar de uma licitação. Em consequência dessa ampliação do número de fornecedores, haverá uma maior competição, resultando na redução de gastos ao erário.

Além disso, a utilização de tecnologias de informação diminui a burocracia e o formalismo característicos dos processos licitatórios, tornando mais rápida a satisfação da necessidade (produto ou serviço) do órgão público. Essa desburocratização gera uma maior transparência no decorrer da licitação, desde a seleção dos concorrentes, passando pela aceitação de uma determinada proposta, do fechamento do contrato entre a administração pública com o ente privado até uma posterior verificação da qualidade do serviço prestado pela empresa contratada.

É neste sentido, portanto, que o pregão surge como legítimo substituto das formas comuns de licitação, possuindo mecanismos muito mais efetivos de fiscalização, utilizando-se das novas tecnologias e da rede mundial de computadores para possibilitar maior transparência, agilidade e redução de gastos nas aquisições governamentais.

A adoção do pregão como nova categoria de licitação e a implementação de tecnologias de informação viabilizaram um grande incentivo à competitividade entre fornecedores, passando assim a dar uma maior credibilidade às contratações públicas e aos processos licitatórios.

Além de uma maior transparência, o pregão permitiu maior dinâmica na aquisição de mercadorias e serviços pela administração pública, pois vários órgãos do governo podem ter acesso ao mesmo banco de dados de registro de preços e de fornecedores, o que torna mais rápida a fase de seleção dos concorrentes.

O pregão permite ao erário reduzir os custos operacionais de todo certame licitatório, tendo em vista que além de diminuir o tempo médio de duração dos certames, a utilização da rede mundial de computadores permite que o processo seja realizado totalmente à distância.

Todavia, o principal fator de redução de gastos aos cofres públicos é a maior concorrência possibilitada pelo pregão. Com uma maior quantidade de fornecedores interessados e habilitados a servir as necessidades dos entes do governo, seguindo a lógica do mercado, estas empresas irão reduzir ao máximo os preços dos seus produtos ou mercadorias, haverá, em decorrência desta competição, uma melhor utilização do dinheiro público.

É preciso, no entanto, aprimorar sistemas e conceitos bem como investir na capacitação do agente público para aplicação adequada da ferramenta, reduzindo as falhas de sistema e as falhas humanas.

No mesmo sentido o investimento público em meios de segurança eletrônico é fundamental, para garantir credibilidade ao meio eletrônico de compras, evitando o favorecimento dos inescrupulosos.

Nesta seara também se faz inexorável a aplicação de medidas que possam identificar com maior clareza a legalidade da redução dos preços.

Dados do governo revelam que a introdução do pregão como meio de compra pública, gerar ano a ano uma redução considerável nos valores dos bens e serviços adquiridos, por esta razão a necessidade de avaliar com mais afinco os critérios utilizados por estas empresas para ofertarem tanta redução de preços.

Isto se faz fundamental, pela razão simplória de certificado do poder público de não estar adquirindo bens e serviços com preços inexequíveis, evidentemente que no caso de bens a identificação do preço fora do padrão habitual fica mais simples, o que não ocorre na aquisição de serviços, em especial aqueles que possuem em sua formação de custeio considerável relevância no custo da mão de obra.

Nestes casos a preocupação do Estado deve ser redobrada, tendo em vista a real possibilidade de o órgão contratante responder pelos danos causados pelo contratado, dada a responsabilidade solidária e subsidiária que recai sobre a Administração Pública contratante.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19ª ed. São Paulo: Método, 2011.

ALVIM, Arruda. **Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Juruá, 2008.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Licitação e Contrato Administrativo**. 3ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. **Ato Administrativo, Licitações e Contratos Administrativos**. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1996.

AMORIN, Gustavo Rodrigues. **Licitações Eletrônica**. 1ª ed. São Paulo: Anhanguera, 2010.

BARROS, W. P. **Licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BOCKMAM, Egon. **Licitação Pública**. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRAZ, Petrônio. **Processo de Licitação**. 3ª ed. São Paulo: Mizuno, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

CASTRO, L. I. **Combate à Corrupção em Licitações Públicas**. Documento de Trabajo 07-03. Serie de Economía. Universidad Carlos III. Madrid, 2007.

CHARLES, Ronny. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 2ª ed. São Paulo: Podium, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Das Licitações Públicas**. 17ª ed. São Paulo: Forense, 2001.

DALVI, Luciano. **Manual das Licitações e Contratos Administrativos**. Mato Grosso do Sul: Contemplar, 2012.

DAYRELL, Carlos Leopoldo. **Das Licitações na Administração Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5^a ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FRANÇA, Maria Adelaide Campos. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública**. São Paulo: Saraiva, 2008.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Forum, 2007.

GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e Contratos Administrativos**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.492.

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

_____. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14 ed. São Paulo: Dialética, 2010.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 6^a ed. revista e atualizada. São Paulo: Fórum, 2010.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 8^a ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MAIA, Carlos Nivan. **Manual do Gestor do Sistema “S”**. Referências e Comentários acerca dos acórdãos e decisões do TCU sobre o assunto. Editora SESI-SP. 2012.

MARCELO, Alexandrino; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 16 ed. Rev. e atualizada. São Paulo: Método, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Direito Administrativo Moderno**. 14 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 12^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Licitação e Contrato Administrativo**. 6^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENEZES, Joel de. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 2^a ed. São Paulo: Fórum, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 16^a. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratos**: estudos e comentários sobre as leis 8.666/93 e 8.987/95, a nova modalidade do pregão e o pregão eletrônico; impactos da lei de responsabilidade fiscal, legislação, doutrina e jurisprudência. 12^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Públicos**: comentários à lei n. 8.666/93, com as alterações da lei N. 9.648/98 e análise das licitações e contratos na E. C. 19/98 (reforma administrativa). 5^a ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NUNES, Pedro dos Reis. **Dicionário de Tecnologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1994.

OLIVEIRA, Luiz. **Pequeno Bestiário das Fraudes à Licitação**. São Paulo: SRS, 2011.

PACHECO BARROS, Wellington. **Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Atlas, 2009

PALAVERI, Marcelo. **Licitações Públicas**. São Paulo: Fórum, 2009.

_____. **Pregão nas Licitações Municipais**. Minas Gerais: DelRey, 2005.

PANKO, Larissa. **Pregão Presencial e Eletrônico**. Paraná: Negócios Públicos, 2008.

PEDROSO, Evelise. **Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública Comentada**. São Paulo: Verbatim, 2010.

PEIXOTO, Ariosto Mila. **Pregão Presencial e Eletrônico**. São Paulo: Prime, 2006.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. Manual Prático das Licitações. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTANA, José Eduardo. **Licitações Pregão Presencial e Eletrônico**. Paraná: Negócios Públicos, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Licitações: comentários, teoria e prática: Lei nº. 8.666/93**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

WEBGRAFIA

BRASIL Banco do. **Licitações-e**. Disponível em: <http://www.bb.com.br/portalbb/page3,110,4638,11,0,1,3.bb?codigoMenu=666&codigoNoticia=296&codigoRet=1220&bread=4>. Acesso em: 20-03-2013.

COMPRASNET, **Portal de Compras do Governo Federal. Notícias: Pregão Eletrônico do Governo Cresce 103%**. Abril/2007. Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br>. Acesso em Abril de 2007.

FONSÊCA, Marco Adriano Ramos. Pregão Eletrônico: uma análise de sua evolução histórico-legislativa e das inovações decorrentes do Decreto nº. 5.450/2005. **Jus Navigandi**, Junho/2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>. Acesso em Abril de 2007.

LIMA, Jonas. Licitações: a análise das propostas em face das fórmulas e médias previstas nos editais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 115, 27 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4280>>. Acesso em: 14 nov. 2012.

MAURANO, A.. A instituição do pregão para aquisição de bens e contratação de serviços comuns. **Jus Navegandi**, Teresina, 8, n.235, 28 fev. 2004. Disponível em: www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4879. Acesso em: 15-03-2013

MENDES, Thays Cristina Ferreira. **Inexigibilidade de licitação**. Hipótese do artigo 25, II, da Lei nº 8.666/1993. Singularidade dos serviços técnicos especializados. Posição doutrinária e recente entendimento do TCU. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2721, 13 dez. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18018>>. Acesso em: 19/03/21013.

NOGUEIRA, Dalmo. **Como funciona o pregão eletrônico da SABESP**. Processo simplificado. (2004). Acesso disponível em: http://licitacao.uol.com.br/entrevistas_descricao.asp?cod=10. Acesso em: 20-03-2013.

RESENDE, Geraldo. **Projeto de lei nº 1592/2011**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=509026>. Acesso em: 11-03-2013.

SIEVERS, Sergio Luis; MOSER, Giancarlo. As Dificuldades dos Empresários na Participação de Licitações na Administração Pública Brasileira. **Jus Navigandi**, Maio/2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5170>>. Acesso em Março de 2007.

VASCONCELOS, F. **Licitação pública**: análise dos aspectos relevantes do Pregão. (2005) Disponível em: <http://www.ccj.ufpb.br/primafacie/prima/artigos/n7/licitacao.pdf>>. Acesso em: 25-02-2013.