



Universidade de Brasília - UnB

Faculdade de Direito

**PREGÃO ELETRÔNICO:
Economia, Celeridade e Transparência nas Contratações Públicas**

MARCOS ROGÉRIO FURTUNA

Brasília

2015

**PREGÃO ELETRÔNICO:
Economia, Celeridade e Transparência nas Contratações Públicas**

MARCOS ROGÉRIO FURTUNA

Monografia apresentada como requisito à obtenção do grau de bacharel em Direito pela Universidade de Brasília – UnB, elaborada sob a orientação do Professor Doutor Antônio de Moura Borges.

Brasília

2015

(a ser impressa no verso da folha de rosto)

A851d Furtuna, Marcos Rogério.
PREGÃO ELETRÔNICO: Economia, Celeridade e
Transparência nas Contratações Públicas / Marcos Rogério
Furtuna. Brasília, 2015.
81 f. : il. color.

Inclui bibliografia.
Orientador: Antônio de Moura Borges
Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade
de Brasília, Curso de Direito, 2015.

1. Direito. 2. Direito administrativo. 3. Direito
administrativo - Brasil. I. Borges, Antônio de Moura. II.
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito. III. Título

CDD 355.411

FOLHA DE APROVAÇÃO

TÍTULO DA MONOGRAFIA: PREGÃO ELETRÔNICO - Economia, Celeridade e Transparência nas Contratações Públicas

ALUNO: MARCOS ROGÉRIO FURTUNA

MATRÍCULA: 09/52681

Monografia apresentada como requisito à obtenção do grau de bacharel em Direito pela Universidade de Brasília – UnB, elaborada sob a orientação do Professor Doutor Antônio de Moura Borges.

BANCA EXAMINADORA

Professor Orientador: Doutor Antônio de Moura Borges, Professor Adjunto da Universidade de Brasília, Mestre em Direito Comparado pela Methodist University - Dallas, Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, Pós-doutorado em Direito por Georgetown University Law Center - Washington, DC, Estados Unidos da América e pela Universidad Complutense de Madrid.

Membro da Banca: Doutor Othon de Azevedo Lopes, Professor Adjunto da Universidade de Brasília, Mestrado em Direito pela Universidade de Brasília e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Membro da Banca: Doutor Valcir Gassen, Professor Adjunto da Universidade de Brasília, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e Pós-doutorado pela Universidade de Alicante na Espanha e pela Thomas Jefferson School of Law nos EUA.

A minha mãe, Maria de Lourdes Mendes FURTUNA (*In Memoriam*) que se foi antes mesmo de eu poder agradecer pela vida que me deste, pela educação, moral, caráter, carinho, amor e, agora, por mais este feito.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por me dar o dom a vida e por permitir que eu esteja vivenciando esta experiência.

Ao meu pai Altair e a minha mãe Lourdes (*In Memoriam*) pela educação, moral, caráter, carinho, repreensões e muito amor. Minha mãe o meu maior desejo é que pudesses estar fisicamente vivenciando este grande momento da minha vida, porém estás presente espiritualmente, agora na minha lembrança e no amor que sinto por ti, o qual nunca morrerá. A ti, o eterno, sincero e inabalável amor que me motivou a continuar sem tua saudosa presença.

Aos meus irmãos (Carlos e Roberto) que, com muito carinho e apoio, mesmos distantes, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida.

À minha esposa Adriana, pelo carinho, compreensão e companheirismo.

Aos meus filhos (Marcus, Matheus e João Vitor), fontes inesgotáveis de inspiração, pelas infindáveis horas roubadas aos seus convívios.

À minha amiga Rosângela, primeira pessoa que me fez conhecer o sentido real do que seja uma amizade verdadeira, pelos incentivos e orgulho do meu sucesso acadêmico.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Moura Borges, pelas inestimáveis contribuições dispensadas, orientações precisas, disponibilidade, interesse e receptividade sem os quais este trabalho não teria sido elaborado da maneira como foi.

Ao Prof. Dr. Othon e Prof. Dr. Valcir, que gentilmente aceitaram o convite para participar como membros da banca examinadora, por suas valiosas contribuições e sugestões, essenciais para o enriquecimento deste estudo.

Para conhecermos os amigos é necessário passar pelo sucesso e pela desgraça. No sucesso, verificamos a quantidade e, na desgraça, a qualidade.

Confúcio

RESUMO

Este trabalho retrata o panorama das Licitações Públicas no Brasil com suas modalidades licitatórias prevista em lei, dando destaque a modalidade pregão, especialmente na sua forma eletrônica, a mais condizente com os princípios norteadores da Administração Pública, que são: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, principalmente, eficiência. Outros princípios correlatos inerentes aos procedimentos licitatórios, como o julgamento objetivo das propostas, a celeridade, a competitividade, o justo preço, entre outros, ou seja, princípios que visam à garantia da isonomia entre os licitantes, podem ser melhor observados de forma mais efetiva no pregão eletrônico. Apesar de admitir os obstáculos operacionais e jurídicos da utilização do pregão eletrônico na Administração Pública, o trabalho demonstra que maiores são os benefícios decorrentes de sua adoção. A dinâmica da modalidade pregão é inovadora, posto que possibilita aos participantes a redução de seus lances, como um verdadeiro leilão as avessas, onde vence aquele que apresentar o menor preço. Sendo o pregão eletrônico, procedimento todo operado por meio da rede mundial de computadores, a Internet, amplia-se o número de interessados, haja vista a possibilidade de licitantes de localidades distantes participarem da licitação sem o custo de locomover-se ao órgão que licita. Essas inovações, comparando as demais modalidades, resultam na redução significativa dos preços adjudicados nas licitações, sendo atualmente o pregão eletrônico ferramenta fundamental para economia dos gastos públicos, conforme atesta os dados fornecidos pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento. Entre todas as vantagens, este trabalho destaca a maior de todas elas: a transparência advinda do procedimento na forma eletrônica, uma vez que permite o acompanhamento das compras públicas por qualquer cidadão, através da internet. Tendo a corrupção uma relação direta como a falta de transparência dos procedimentos licitatórios, defende o trabalho a ampliação da aplicabilidade do pregão eletrônico, de modo que licitações de maior repercussão financeira sejam realizadas através dele. Por conseguinte, a população, incentivada a acompanhar as licitações eletrônicas, colaborará com o combate a corrupção, propiciando a verdadeira efetivação da cidadania. Baseia-se, portanto, na premissa de que quanto mais mecanismos de controle social sobre ações governamentais existirem, natural será a diminuição dos casos de corrupção.

Palavras-chave: Licitação. Princípio. Pregão eletrônico. Transparência.

ABSTRACT

This work depicts the landscape of Public Bidding in Brazil with their bidding modalities provided by law, highlighting the trading mode, especially in its electronic form, the most consistent with the guiding principles of public administration, which are: legality, impersonality, morality, advertising and mainly efficiency. Other related principles inherent in bidding procedures, as the objective judgment of the proposals, speed, competitiveness, fair price, among others, that is, principles aimed at ensuring equality among bidders can be better observed more effectively in electronic trading. Despite admitting the operational and legal obstacles to the use of electronic trading in Public Administration, the work shows that the greater the benefits of its adoption. The dynamics of trading method is innovative, since it enables participants to reduce their bids, as a true auction the reverse, where wins the one that presents the lowest price. As the electronic trading, all procedure operated through the World Wide Web, the Internet, increases the number of stakeholders, given the possibility of remote locations bidders participate in the bidding without the cost of getting to the body that bids . These innovations, comparing other types, result in significant price reduction awarded the bid, currently the electronic trading fundamental tool for savings in public spending, as shown by the data provided by the Department of Logistics and Information Technology of the Ministry of Planning. Among all the advantages, this work highlights the greatest of them all: transparency arising from the procedure in electronic form, since it allows the monitoring of public procurement by any citizen, over the internet. Since corruption is a direct relationship as the lack of transparency in bidding procedures, defends the work to expand the applicability of electronic trading, so that greater financial impact of tenders are carried out through it. Therefore, the population, encouraged to follow the electronic bids, cooperate with fighting corruption, providing the real effective citizenship. It is based therefore on the premise that the more social control mechanisms over government actions there, natural is the reduction of corruption

Keywords: Auction. Principle. Electronic trading. Transparency.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 LICITAÇÕES PÚBLICAS.....	14
2.1 Origem, conceito e finalidade	14
2.2 Modalidades De Licitações	17
2.3 A natureza constitucional obrigacional e suas exceções.....	22
2.4 Princípios	28
2.5 Tipos de Licitação.....	35
2.6 As Fases do Procedimento Licitatório.....	37
3. NOVA MODALIDADE DE LICITAÇÃO: PREGÃO ELETRÔNICO.....	45
3.1 A Aplicabilidade do Pregão Eletrônico.....	45
3.2 Etapas Procedimentais da Modalidade Pregão: Interna e Externa	50
3.3 A Modalidade Pregão nas Formas: Presencial e Eletrônica.....	54
3.4 As Vantagens da Modalidade Pregão na Forma Eletrônica.....	56
3.5 Os Números que Comprovam a Importância do Pregão Eletrônico para a Administração Pública e a Economia Resultante de sua Adoção.	61
4 DESAFIOS A SEREM SUPERADOS PARA TORNAR O PREGÃO ELETRÔNICO EFICAZ CONTRA A CORRUPÇÃO E EFETIVAMENTE TRANSPARENTE.....	65
4.1 Os Obstáculos (Jurídicos e Operacionais) do Sistema de Compras da Administração Pública Federal.....	65
4.2 O Paradigma de que a Administração faz Contratos Ruins em Razão do Pregão Eletrônico: Relação Pregão Eletrônico X Qualidade dos Bens e Serviços Ofertados.....	68
4.3 A Transparência como Fenômeno para a Participação dos Cidadãos no Controle dos Gastos Públicos e da Corrupção.....	74
5 CONCLUSÃO	77
REFERÊNCIAS	79

1 INTRODUÇÃO

A modalidade de Licitação conhecida como pregão, na sua forma eletrônica, já se tornou ferramenta usual da Administração Pública, para a contratação de bens e serviços necessária para o bom funcionamento da máquina estatal.

O pregão operacionaliza-se na inversão da ordem da apresentação das propostas de preços e da documentação habilitatória, o que torna o procedimento mais célere, possibilitando aos licitantes a oportunidade de reduzirem os preços ofertados, o que trará enorme economia ao erário. A forma eletrônica inova, posto que todo o procedimento licitatório é realizado por meio da Internet, sem a necessidade da presença física dos representantes das empresas licitantes, conseqüentemente, amplia-se o número de concorrentes gerando maior competitividade e reduzindo os custos tanto da Administração quanto das empresas que participam do certame licitatório.

Serão tratadas neste trabalho as vantagens quando da utilização do pregão na forma eletrônico. Entretanto, o que mais chama a atenção desta modalidade licitatória é a capacidade de ensejar a participação efetiva da população no controle das licitações públicas, pois permite que cada cidadão acompanhe as licitações de forma efetiva pela Internet. Será defendido que as conseqüências com a efetivação da cidadania são as melhores possíveis, pois sabidamente os casos de corrupção são menores quando há um controle mais efetivo por parte da sociedade.

Assim este trabalho tem como objeto defender que o pregão eletrônico poderá ser um instrumento eficaz, capaz de colaborar para a maior eficiência dos gastos públicos. Mostrar, também, que as modalidades tradicionais: concorrência, tomada de preços e convite, não mais se coadunam de forma inteiramente adequada ao modelo de Estado Participativo, onde os cidadãos participam efetivamente do controle dos gastos governamentais.

Atualmente, a base fundamental para que o Estado seja realmente considerado de Direito não é apenas a lei, mas também a obediência aos princípios fundamentais que dão garantias aos seus cidadãos. O princípio da eficiência, princípio constitucional da função administrativa do Estado, que já não se contenta em ser desempenhada apenas na legalidade, exige também resultados positivos para resultar em um serviço público satisfatório ao atendimento das necessidades da sociedade.

O presente trabalho de conclusão de curso tem como objetivo demonstrar que a informatização do Estado é algo real e crescente, capaz de dar maior celeridade ao processo de compras realizadas pela Administração Pública, corroborando com a prevenção da corrupção nas licitações públicas.

Justifica-se o presente nas experiências de órgãos da Administração Pública Federal, que nos últimos anos passaram a adotar o pregão na forma eletrônico, e os resultados confirmam que, efetivamente, é um instrumento eficaz, capaz de colaborar com a maior eficiência da máquina administrativa, garantindo um maior controle da sociedade sobre os gastos públicos e conseqüentemente contribuindo para a melhor aplicabilidade e maior gerencia do erário dentro do orçamento do ente.

Com base nestas constatações este trabalho defende a ampliação deste instituto e sua adoção em substituição as outras modalidades de licitação, de modo que se revestirão aos atos públicos maiores valores democráticos, como a participação, a transparência, a representatividade e o controle pela sociedade, todos, valores exponencialmente mais concretizados com a adoção preferencial do pregão eletrônico. Significa trabalhar para efetivar, através da tecnologia, uma relação mais direta, transparente e participativa entre as instituições estatais e o cidadão.

Este trabalho não pretende esgotar o assunto, tendo em vista ser o tema muito polêmico e a posição pouco defendida ou retratada pela doutrina. O que se propõe na verdade é mostrar um diagnóstico sobre as licitações públicas realizadas no Brasil, mostrando que o pregão eletrônico é uma modalidade que já traz e pode ainda trazer muitas melhorias aos procedimentos licitatórios.

Na primeira parte será exposto um panorama sobre as licitações públicas no Brasil e o resultado de uma vertente histórica do tema, ou seja, os institutos concretizados pela Constituição Federal do Brasil e pela Lei que rege a matéria, sejam os princípios inerentes, as modalidades tradicionais (Concorrência, Tomada de Preço e Convite), os tipos de licitação e as fases procedimentais.

A segunda parte tratará da modalidade licitatória do pregão eletrônico e suas vantagens, sendo abordados os casos em que o pregão pode ser utilizado, suas fases, suas formas, seja presencial e eletrônica, bem como as vantagens de se ter uma modalidade que enseja tanta transparência.

Por fim, na terceira parte serão enfocados os obstáculos jurídicos e operacionais que devem ser superados para que o pregão eletrônico se tome ainda mais eficiente, para o bem do interesse público. Será demonstrado que não é devido à utilização do

pregão eletrônico a péssima qualidade de alguns objetos contratados pela Administração Pública, sendo essa constatação um verdadeiro paradigma a ser superado. Entre as medidas que serão defendidas para que as licitações realizadas pela com recurso públicos se tornem eficientes, destaca-se a disponibilização de ferramentas que ensejam transparência aos atos públicos, como o pregão eletrônico, de modo que o cidadão possa participar efetivamente de tais ações, o que será defendido ao final deste trabalho.

2 LICITAÇÕES PÚBLICAS

2.1 Origem, conceito e finalidade

O instituto da licitação teve suas raízes lá no direito romano, onde a sua utilização estendia-se tanto para a alienação dos despojos de guerra como também para a realização das obras públicas. O vocábulo licitação que hoje utilizamos originou-se do latim *Licitatio*, que significa venda por lances, a verdadeira hasta pública que visava à adjudicação do preço mais vantajoso.

No Brasil o instituto da licitação surgiu inicialmente no direito público brasileiro em 1862¹, para regulamentar as arrematações dos serviços a cargo do então Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas.

Posteriormente outras leis surgiram empregando o instituto da licitação, entretanto, a consolidação em âmbito federal, só ocorreu em 1922², com a regulamentação da organização da Contabilidade da União.

A obrigatoriedade de adoção do instituto da licitação para as contratações públicas possui natureza constitucional, a qual será tratada mais adiante, e deve ser observada pela Administração Pública, como regra a ser seguida para as contratações de obras, serviços, compras e alienações, concessões, permissões ou locações, porém há casos previstos em que essa obrigatoriedade é mitigada.

Quando nos referimos ao termo Administração Pública, esse deve ser interpretado no sentido *lato sensu*, entendendo-se como tal os órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as entidades controladas direta e indiretamente pela União. Há casos que determinados integrantes da Administração Pública se excetuem desta obrigatoriedade conforme previstos no texto da Carta Magna ou definidos diante da interpretação dos seus dispositivos, como se verá mais adiante, na análise da natureza constitucional quando realizarem suas contratações necessárias.

O instituto de licitação é definido como um procedimento administrativo formal em que a Administração Pública convoca por meio de condições estabelecidas em ato próprio as empresas privadas interessadas para apresentarem as suas propostas de

¹ Decreto Nr 2.926, de 14 de maio de 1862.

² Decreto Nr 4.536, de 28 de janeiro de 1922.

oferecimento de bens e/ou serviços que a Administração esteja necessitando.

Vários são os autores que tratam do instituto da licitação, inicialmente podemos verificar como a licitação é conceituada pelo doutrinador Marçal Justen Filho:

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando à seleção da proposta de contratação mais vantajosa e à promoção do desenvolvimento nacional, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica. (JUSTEN FILHO, 2010).

Outra conceituação de licitação pode ser verificada com o doutrinador José dos Santos Carvalho Filho assim sendo:

A licitação como procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artísticos ou científico. (CARVALHO FILHO, 2011)

O instituto de licitação traz a ideia de disputa isonômica no fim da qual será selecionada a proposta mais vantajosa aos interesses da Administração Pública com vistas à celebração de um contrato administrativo, com o particular vencedor do certame, para a realização de obras, serviços, permissões, concessões, compras, alienações ou locações.

Segundo o autor Diogenes Gasparini ³, “a licitação é um procedimento administrativo feito pela pessoa juridicamente obrigada, em virtude de critérios objetos estabelecida, para convocação da proposta mais vantajosa”. No mesmo sentido temos os ensinamentos do Celso Antônio Bandeira de Mello:

Licitação – em suma síntese – é um certame que entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados e 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 de forma isonômica entre os que preenchem os atributos e aptidão necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir. (MELLO, 2009).

A melhor definição do instituto de licitação é dada pela autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que assim define:

A licitação como o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem 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. (PIETRO, 2008)

³ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 12ª rev. e atual. São Paulo: Atlas.2007.

Parece ser essa a definição mais acertada, quando é empregada pela autora o termo “mais conveniente” e não “mais vantajoso”. Deve-se ser cauteloso quando se afirma que a Administração deverá buscar a proposta mais vantajosa, entendendo-se por este, o menor preço ofertado na licitação pública.

Será que sempre é melhor para a Administração Pública buscar o preço mais vantajoso? De início parecerá ser um tanto vaga e generalista a resposta, entretanto, será demonstrada com maior aprofundamento em parte específica deste trabalho. Adianta-se, a fim de responder a questão levantada, que o preço mais vantajoso deve ser aquele apresentado quando observado o respeito ao princípio constitucional da isonomia e dos demais princípios que regem as licitações públicas. Desta forma, finalizará a Administração Pública contratando pelo menor preço possível ofertado, desconsideradas aquelas propostas inexequíveis, passíveis de desclassificação do certame licitatório, garantidas as exigências qualitativas pré-estabelecidas, obedecendo ao princípio constitucional da eficiência.

Quando a Administração Pública convida os interessados pela forma de convocação prevista na lei, edital ou carta-convite, neste ato convocatório vem contida todas as condições básicas a serem seguidas aos que desejam participar do certame, bem como as normas a serem observadas no contrato que futuramente poderá ser celebrado.

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, Lei de Licitações e Contratos Administrativos, em seu artigo 3º, caput, traz de forma clara e concisa qual são os objetivos do instituto da licitação, como podemos observar na redação abaixo:

Art. 3.º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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.⁴

A licitação é um procedimento administrativo que visa à satisfação do interesse público e está voltada a uma dupla finalidade, qual sejam: a de proporcionar à administração a possibilidade de realizar o negócio mais conveniente utilizando a melhor contratação para o Poder Público e, permitir que qualquer interessado que preencha os requisitos legais tenha a possibilidade de realizar contratação com a Administração Pública, assegurando o exercício do princípio da isonomia.

⁴ Redação dada pela Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010.

2.2 Modalidades De Licitações

A modalidade de licitação é a forma específica de conduzir o procedimento licitatório, a partir de critérios definidos em lei. As modalidades de licitação têm características próprias, destinando-se a determinados tipos de contratação com a Administração Pública.

A determinação da modalidade de licitação depende do objeto da licitação: nos casos de concurso – escolha de trabalhos técnicos, artísticos ou científicos; em leilão – alienação de bens. Para os demais objetos – contratação de obras, compras ou serviços – , depende do valor do contrato.

A licitação é o gênero, do qual as modalidades são as espécies, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, Lei de Licitações e Contratos Administrativos prescreve em seu artigo 22, as cinco modalidades de licitação a serem utilizadas: a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão. Desta forma, é possível aplicar a essas espécies os preceitos genéricos da licitação, enquanto os específicos regem cada modalidade em particular.

O § 3º do art. 22 da Lei das Licitações define:

“Art. 22. (...)

§ 3º. O 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.”

Essa é a modalidade de licitação mais simples, a lei sequer obriga que o seu instrumento convocatório – a carta convite – seja publicado. A administração escolhe quem quer convidar, entre cadastrados ou não. A publicidade desse procedimento é feita mediante a afixação da carta-convite no quadro de avisos da repartição pública.

Com o propósito de impedir a violação do princípio da impessoalidade, o § 6º do art. 22 determina que “existindo na praça mais de três possíveis interessados, a cada novo convite realizado para objeto idêntico ou assemelhado é obrigatório o convite, no mínimo, a mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações”. O objetivo é coibir a utilização do convite em benefício das mesmas pessoas. A partir dessa espécie de rodízio, o princípio da impessoalidade é respeitado.

O administrador deve convidar pelo menos três possíveis interessados no segmento do mercado em que se fará a licitação, pedindo que apresentem suas propostas.

O Tribunal de Contas da União possui jurisprudência no sentido de que não basta o convite a pelo menos três empresas - é necessário ter três propostas. Assim, ainda que sejam convidados mais de três interessados e apenas um ou dois tenham apresentado propostas, deve-se repetir o procedimento ou, então, demonstrar a inviabilidade de fazê-lo.

Em relação ao número mínimo de licitantes, a Lei das Licitações, em seu art. 22, § 7º, assinala, porém, que “quando, por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, for impossível a obtenção do número mínimo de licitantes exigidos no § 3º deste artigo, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite”. Assim, a própria orientação do Tribunal de Contas da União, que exige a apresentação de no mínimo três propostas, deve ser entendida à luz desse dispositivo.

A hipótese do convite ou da participação de menos de três empresas ou profissionais requer, é evidente, a devida justificação.

A inovação introduzida pela Lei nº 8.666/93 – que tem sido igualmente objeto de críticas por parte de alguns doutrinadores – consiste na redação constante da parte final do § 3º do art. 22. Esse dispositivo determina que o convite seja dirigido a pelo menos três interessados e que a administração promoverá a afixação, “em local apropriado, de 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”. Assim, mesmo aqueles que não tenham sido convidados, mas que estejam cadastrados, podem participar da licitação.

Surge, assim, a figura do “penetra” - nesse caso, bem-vinda, já que sua presença apenas aumenta a competitividade do processo licitatório. Lembramos, porém: aquele que não foi convidado, e que não esteja cadastrado, não tem, pela lei, direito de participar da licitação. Há muitos órgãos que, após a divulgação do convite, convidam todas as empresas ou profissionais interessados em participar da licitação. Trata-se de medida que preserva a moralidade e amplia a competitividade da licitação.

A lei define tomada de preços no § 2º do art. 22:

“Art. 22. (...)

§ 2º. Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.”

A concorrência tem como uma de suas principais características a universalidade, ou seja, a garantia plena de participação. Qualquer candidato que preencha os requisitos exigidos na habilitação pode participar da concorrência. A tomada de preços é dirigida a interessados que já estejam cadastrados na unidade administrativa que celebrará o contrato. O cadastramento constitui, portanto, a característica mais significativa dessa modalidade de licitação.

Anteriormente à vigência da Lei nº 8.666/93, somente aqueles previamente cadastrados podiam apresentar propostas. Agora, todos os interessados em apresentar propostas podem participar: os não cadastrados até o momento da publicação do edital devem obter o cadastramento até o terceiro dia anterior ao do recebimento das propostas. As críticas da doutrina a essa alteração se referem ao fato de a lei ter tornado a tomada de preços tão complexa quanto à concorrência.

No processo de concorrência é aberto um prazo especial para que a própria comissão de licitação proceda ao exame dos documentos relativos à habilitação dos licitantes. Na tomada de preços é diferente. Se os interessados em participar da tomada de preços não estiverem cadastrados, devem encaminhar a documentação e requerer sua inclusão no processo à comissão de cadastramento, e não à comissão de licitação.

Além disso, essa modalidade de licitação – tomada de preços – não fica parada aguardando o deferimento do cadastro. Ou seja, são dois processos paralelos, em que um não interfere na celeridade do outro. Enfim, qualquer previsão legal que incentive a competitividade e amplie a possibilidade de novas propostas deve ser aceita e incentivada. Quanto maior a competitividade do processo, menor a possibilidade de conluio ou fraudes à licitação, preservando, assim, o interesse público.

A lei define concorrência no § 2º do art. 22:

“Art. 22. (...)

§ 1º Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

A concorrência tem como principais características a “ampla publicidade” e a “universalidade”, a ampla publicidade é demonstrada pela necessidade de publicação do aviso da licitação, nos termos do art. 21 da Lei de Licitações. A universalidade se caracteriza pela existência de uma fase inicial no procedimento da licitação, denominada habilitação, em que qualquer interessado que preencher os requisitos de qualificação (art. 27) pode apresentar propostas.

A Lei de Licitações, art. 22, § 5º, define o leilão nos seguintes termos:

“Art. 22. (...)

§ 5º. Leilão é modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação”.

A regra aponta o leilão como o instrumento indicado para a alienação de bens. Os bens que devem ser alienados nessa modalidade são os bens móveis e, excepcionalmente, os imóveis. Para a alienação de bens imóveis, a regra indica a adoção da concorrência. O leilão pode ser utilizado somente em situações expressamente indicadas na lei.

São três as situações que se ajustam a essa modalidade: bens inservíveis, bens apreendidos legalmente e aqueles penhorados e não resgatados.

No primeiro caso, a administração pode leiloar os bens móveis de que não tem necessidade – os chamados bens móveis inservíveis, ou seja, aqueles ainda em condições de uso, que não estão quebrados, destruídos ou danificados, mas, simplesmente, não têm mais utilidade para a administração.

A segunda situação se verifica após a apreensão legal de produtos. Um exemplo são os leilões de mercadorias apreendidas realizados pela Receita Federal.

A terceira possibilidade se refere aos produtos empenhados e não resgatados por seus devedores, como ocorre em leilões realizados pelo setor de penhor de joias da Caixa Econômica Federal.

O conceito de concurso está definido no § 4º do art. 22:

“Art. 22. (...)

§ 4º. Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes do edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de quarenta dias.”

O concurso, conforme o seu conceito legal determina a escolha de trabalhos técnicos, artísticos ou científicos. Os trabalhos devem ser entregues prontos, acabados, para o julgamento da comissão constituída para esse fim.

A doutrina identifica duas diferenças básicas entre o concurso e as demais modalidades de licitação. Nessas últimas, o serviço é prestado após a seleção e o preço a ser pago é indicado pelo licitante, servindo como critério para a escolha da melhor proposta. No concurso, os trabalhos são apresentados prontos e acabados; portanto, o serviço é executado previamente. O preço, denominado prêmio, é fixado no edital - assim, ao contrário das demais modalidades, o valor do trabalho é preestabelecido.

O prazo indicado em lei, 45 dias, contado a partir da publicação do edital, constitui o período mínimo para que os interessados apresentem seus trabalhos. Em alguns casos, como, por exemplo, na elaboração de projetos arquitetônicos, o prazo mínimo legal é insuficiente. Nada impede, conforme as peculiaridades e dificuldades da elaboração do projeto, que a administração defina prazo de dois, três meses ou até prazo superior, de acordo com a dificuldade de cada demanda. Há ainda a possibilidade de prorrogar o prazo de apresentação dos projetos. Nesse caso, deve ser feita a publicação de novo edital com as datas de inscrição e entrega dos trabalhos.

O pregão, atualmente, está disciplinado na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, Lei do Pregão. É a modalidade de licitação passível de utilização, por todos os entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), para aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação. A disputa entre os licitantes é feita por meio de propostas e lances em sessão pública.

O fator que define a possibilidade de utilização da modalidade pregão é a natureza do objeto da contratação aquisição de bens e serviços comuns não o valor a ser contratado.

A modalidade consulta está prevista na Lei Nr 9.472, de 16 de julho de 1997, a mesma lei que criou a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). É uma modalidade de licitação que é prevista apenas para as agências reguladoras. A Lei diz que a consulta é modalidade de licitação adequada à contratação de bens e serviços não classificados como comuns e que não sejam obras e serviços de engenharia civil. A consulta é um tipo de modalidade direcionada para as agências reguladoras, assim toma cunho de exclusividade. Dessa forma, para aquisição de bens e serviços não comuns, mas ficam como exceção à regra as obras e serviços de engenharia civil que serão julgados por júri pelos critérios que levem em consideração o custo e o benefício.

2.3 A natureza constitucional obrigacional e suas exceções

Ressalvadas a hipóteses previstas na lei, nenhum órgão ou entidade da Administração Pública brasileira pode, hoje, contratar compras, obras, serviços, alienações ou locação sem prévia licitação, sob pena de violar os princípios fundamentais da igualdade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade.

A Constituição Federal, em seu art. 37, XXX, exige que as obras, serviços, compras e alienações sejam contratados mediante a realização prévia de licitação. É considerada tão importante a obrigatoriedade da realização da licitação que alguns autores elevam essa regra à categoria de princípio da administração pública. O dever de licitar decorre, portanto, da própria Constituição Federal, que dispõe nos seguintes termos:

“Art. 37. (...)

XXX – 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.”

A obrigatoriedade de realizar o procedimento de licitação imposta aos entes da Administração Pública, previsto no artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal/88, foi regulada pela Lei Nr 8.666/93, de 21 de junho de 1993, uma vez que conforme o artigo 22, inciso XXVII, é competência privativa de a União legislar normas gerais sobre licitações.

Art. 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.

Estão obrigados a realizar licitação todos os órgãos e entidades integrantes da administração pública: entidades da administração pública direta, autarquias, fundos especiais, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. O âmbito de aplicação da Lei nº 8.666/93 é definido em seu art.

1º, parágrafo único, que dispõe nos seguintes termos:

“Art. 1º. (...)

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, estados, Distrito Federal e municípios.”

Os serviços sociais autônomos (SESI, SESC, SENAC, SENAI) não se subordinam mais à Lei nº 8.666/93. O Tribunal de Contas da União decidiu (Decisão Plenária nº 907/97, ata 53/97) que essas entidades colaboram com o Estado e devem manter a prestação de contas, mas estão desobrigadas de seguir os critérios da Lei de Licitações. Devem elaborar e publicar regulamentos próprios, definindo as regras relativas aos contratos que venham a ser celebrados. A decisão do TCU foi proferida nos seguintes termos:

“O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo relator, DECIDE:

1. Conhecer da presente denúncia para, no mérito, considerá-la improcedente (...) Por não estarem incluídos na lista de entidades enumeradas no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.666/93, os serviços sociais autônomos não estão sujeitos à observância dos estritos procedimentos na referida lei e sim aos seus regulamentos próprios devidamente publicados.”

Apesar das mesmas desempenharem serviços de natureza pública elas possuem natureza de Pessoa Jurídica de Direito Privado. Elas são mantidas pela contribuição, de natureza tributária, paga pelos empregados e empregadores. Outro julgado Tribunal de Contas da União entendeu que estas entidades não são obrigadas a obedecer aos procedimentos previsto na Lei nº 8.666/93, embora devam obediência aos "princípios licitatórios", cabendo a Corte de Contas tão somente a fiscalização do emprego dos recursos públicos que a elas são direcionados. A luz do Acórdão 62/2007 - Plenário, Min. Relator Marcos Bemquerer:

Os Serviços Sociais Autônomos, por não estarem incluídos na lista de entidades enumeradas no paragrafo único do art. 10 da Lei n. 8.666/1993, não estão sujeitos a estrita observância da referida lei, e sim aos seus regulamentos próprios devidamente publicados.

Todos os entes da Federação, não somente a União, como também os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, têm que obedecer a exigência constitucional da obrigatoriedade do certame da licitação para a contratação de serviços ou para aquisição de bens, ressalvado os casos específicos na legislação infraconstitucional. Poderão os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, legislar normas específicas para disciplinar as licitações e contratos nas suas esferas, desde que seja compatíveis com as normas

gerais, caso contrário serão leis inconstitucionais.

O art. 119 da Lei de Licitações determina a edição de regulamentos próprios, disciplinadores da sua aplicação no âmbito das entidades da administração indireta – autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas.

Art. 119. As sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União e pelas entidades referidas no artigo anterior editarão regulamentos próprios devidamente publicados, ficando sujeitas às disposições desta Lei.

Com a Reforma Administrativa do Estado, introduzida por Emenda Constitucional⁵, uma nova redação foi dada ao artigo 173 da Constituição Federal/88. A partir desta reforma, entidades da Administração Indireta, quais sejam empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias que exerçam atividade econômica, passaram a respeitar um regime jurídico diferenciado para efetuar suas contratações.

Art. 173. (...)

§ 1º A lei estabelecerá 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, dispondo sobre:

(...)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

(...)

Essas entidades da Administração Pública Indireta atuam no setor privado explorando a atividade econômica e se estruturam na mesma forma de uma empresa privada, voltada a eficiência e a otimização dos recursos. Desta forma, é aceitável que tenham procedimentos que os permitam competir, economicamente, em iguais condições com as demais empresas do ramo privado existente no mercado. A natureza da atuação destas entidades exige que os procedimentos sejam mais céleres e desburocratizados.

Entretanto, isto não significa que estarão desobrigadas a obedecer aos princípios que são inerente a toda Administração Pública, até por que é de interesse de toda sociedade em geral que os recursos públicos destinados a essas entidades sejam bem empregados. Certamente essas entidades devem obedecer aos procedimentos, bem como as formalidades da Lei nº 8.666/93, ou seja, devem utilizar a norma geral de licitações para efetuar suas contratações, e somente deixarão de fazer desta forma

⁵ Emenda Constitucional Nº 19, de 04 de junho de 1998.

quando isto significar a inviabilidade de competição com as empresas privadas do mercado. Assim entende Marçal Justen Filho:

E imperioso diferenciar o regime de licitações entre as pessoas integrantes da Administração Pública. A sistemática padrão da Lei no 8.666 pode ser aplicada a Administração direta e autárquica. Mas as entidades estatais organizadas segundo padrões empresariais devem submeter-se a regime próprio. Isso não significa liberá-las das regras sobre licitação e publicidade, mas adotar disciplina mais simples, dinâmica e compatível com a natureza da sua atuação. A sumariada das formalidades no âmbito licitatório deverá ser compensada pelo incremento dos controles no âmbito de motivação e eficiência, com ampla responsabilização dos administradores por contratações despropositadas. (JUSTEN FILHO, 2010)

O Decreto nº 5.504, de 5 de agosto de 2005, determina a obrigatoriedade de realização de licitação, na modalidade "pregão", para as organizações sociais, mas o que vem a ser uma organização social, a Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, traz a definição de Organização Social, como sendo a pessoa jurídica de direito privado, sem fim lucrativo, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, a pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, a proteção e preservação do meio ambiente, a cultura e a saúde, atendidos aos requisitos previstos naquela Lei.

Art. 1º Os instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de convênios, instrumentos congêneres ou de consórcios públicos que envolvam repasse voluntário de recursos públicos da União deverão conter cláusula que determine que as obras, compras, serviços e alienações a serem realizadas por entes públicos ou privados, com os recursos ou bens repassados voluntariamente pela União, sejam contratadas mediante processo de licitação pública, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente.

[...]

§ 5º Aplica-se o disposto neste artigo às entidades qualificadas como Organizações Sociais, na forma da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, e às entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, na forma da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, relativamente aos recursos por elas administrados oriundos de repasses da União, em face dos respectivos contratos de gestão ou termos de parceria.

A obrigatoriedade de realização do processo licitatório prévio, também é obrigatória quando a Administração resolve delegar a titularidade da prestação de determinados serviços públicos a particulares, como nos casos de concessão ou permissão.

Na sistemática da Lei nº 8.666/93 há situações em que são utilizadas as expressões “licitação dispensada” (art. 17), “licitação dispensável” (art. 24), e, finalmente, “licitação inexigível” (art. 25). Essas seriam as situações de caráter excepcional mencionadas em lei em que seria possível a contratação direta, isto é, a contratação sem licitação.

Não se podem confundir os casos em que o processo da licitação é dispensada com os casos em que ela é dispensável. As hipóteses em que é dispensada a licitação são aqueles em que, por interesse público, há ausência de necessidade de competição para a contratação do objeto, tratando-se de ato vinculado, enquanto os casos de licitação dispensável há viabilidade de competição, entretanto o legislador flexibiliza permitindo que, em determinadas situações, a Administração Pública contrate sem a obrigatoriedade constitucional de realizar o processo de licitação, ou seja, trata-se de um ato discricionário do administrado público.

Nesse sentido, vejamos o que pese a douda observação do ilustre Professor Diógenes Gasparini:

[...] cabe mencionar, desde já, que a Administração Pública não está dispensada da licitação, como ocorre nas hipóteses do art. 17, embora seja comum essa assertiva. A dispensa não se opera automaticamente, *ex vi lege*, ainda que os fatos se enquadre em uma das hipóteses arroladas nesse artigo. Tal dispositivo apenas prescreve que a licitação é dispensável. Por conseguinte, a Administração Pública cabe ajuizar, a cada caso, da convergência e oportunidade da dispensa. Nessas hipóteses a entidade obrigada a licitar tem uma faculdade, não obrigação. (GASPARINI, 2007)

Cabe observar a distinção básica entre licitação dispensada e dispensável: nesta, o administrador pode, se assim o desejar, realizar a licitação; na licitação dispensada, o administrador simplesmente não tem a opção de licitar. O administrador, no entanto, nas hipóteses de licitação dispensável, deve examinar a relação custo-benefício da realização da licitação, considerando, inclusive, o princípio da eficiência da administração.

A Lei de Licitações exige que o administrador sempre justifique a contratação sem licitação. Essa obrigação de motivar qualquer contratação direta está prevista no art. 26, que dispõe nos seguintes termos:

“Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e nos incisos III a XX do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta lei deverão ser comunicados dentro de três dias à autoridade superior para ratificação e publicação na imprensa oficial no prazo de cinco dias, como condição para eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso; II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço;

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.”

A ausência de licitação não autoriza que a Administração deva contratar sem observar as formalidades administrativas, como bem ensina Marçal Justen Filho:

A contratação direta se submete a um procedimento administrativo, como regra. Ou seja, ausência de licitação não equivale a contratação informal, realizada com quem a Administração bem entender, sem cautelas nem documentação. Ao contrário, a contratação direta exige um procedimento prévio, em que a observância de etapas e formalidades é irrecusável. Somente em hipóteses-limite é que a Administração estaria autorizada a contratar sem o cumprimento dessas formalidades. Seriam aqueles casos de emergência tão grave que a demora, embora mínima, pusessem em risco a satisfação do interesse público.

Nas etapas iniciais, a atividade administrativa será idêntica, seja ou não a futura contratação antecedida de licitação. Em um momento inicial, a Administração verificará a existência de uma necessidade a ser atendida. Deverá diagnosticar o meio mais adequado para atender ao reclamo. Definirá um objeto a ser contratado, inclusive adotando providências acerca da elaboração de projetos, apuração da compatibilidade entre a contratação e as previsões orçamentárias. Tudo isso estará documentado em procedimento administrativo, externando-se em documentos constantes dos respectivos autos. (JUSTEN FILHO, 2010)

Conforme expresso em item anterior, a licitação dispensada, que constitui modalidade de dispensa de licitação, encontra seu fundamento nos incisos I e II do art. 17 da Lei de Licitações. Neles são indicadas as situações que escapam à discricionariedade do administrador realizar ou não a licitação. Nessas hipóteses de licitação dispensada, o administrador deve proceder à contratação direta em face das próprias peculiaridades do contrato a ser celebrado. Podemos constatar que essas hipóteses de contratação direta estão sempre relacionadas à alienação de bens móveis ou imóveis.

O art. 24 da Lei de Licitações prevê as hipóteses em que o administrador pode deixar de realizar a licitação. São as chamadas licitações dispensáveis. Nesse artigo da lei são indicadas várias situações que legitimam a contratação direta sem licitação. É de mais alta importância observar que as hipóteses previstas nesse dispositivo não podem ser ampliadas pelo administrador. É uma lista fechada que não admite, a pretexto de interpretações extensivas ou analogias, a criação de hipóteses não autorizadas pelo legislador.

A competição é um dos fundamentos básicos da licitação, com o objetivo de obter a proposta mais vantajosa para a administração. Assim, a licitação não pode ser realizada quando não há competição em relação ao objeto licitado. A principal característica da inexigibilidade de licitação é, portanto, a inviabilidade de competição, conforme dispõe o art. 25 da Lei de Licitações.

A primeira hipótese prevista pela lei (art. 25, I) sobre a inexigibilidade de licitação é relativa à existência de fornecedor exclusivo. As situações de unicidade de produtor, fornecedor ou representante inviabilizam a realização de licitação porque os materiais, equipamentos ou gêneros fornecidos por uma única pessoa frustram qualquer tentativa de busca por mais de uma proposta. A segunda hipótese de inexigibilidade de licitação relaciona-se à contratação de serviços técnico-profissionais especializados prestados por profissionais ou empresas de notória especialização (art. 25, II). A última hipótese (art. 25, III) é a contratação direta de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

2.4 Princípios

O artigo 30 da Lei nº 8.666/93 determina que nas licitações públicas seja observado o princípio constitucional da isonomia quando se seleciona a proposta mais vantajosa para a Administração, devendo a licitação ser processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade, da igualdade, da vinculação ao instrumento convocatório, da probidade administrativa, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

O Decreto Federal nº 3.555/2000, que regulou a modalidade pregão, em seu artigo 4º, condiciona o seu procedimento a observância dos princípios básicos da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da probidade administrativa, da igualdade, do julgamento objetivo, da publicidade, da vinculação ao instrumento convocatório, bem assim aos princípios correlatos da razoabilidade, celeridade, competitividade, finalidade, proporcionalidade, justo preço, seletividade e comparação objetiva das propostas.

Observa-se que o rol dos princípios dispostos na Lei de Licitações não é taxativo. Além dos elencados no artigo 30, é obrigatória a necessidade de observância dos demais princípios de Direito Administrativo. O Decreto Federal regulamentador da modalidade pregão, veio a explicitar esses princípios correlatos, somente por opção daquele que o legislou, uma vez que esses princípios já preexistiam por serem inerentes ao procedimento licitatório, não havendo a necessidade de explicitação. São os

chamados princípios implícitos ou princípios gerais de licitações.

Existindo a necessidade de observância não só dos princípios explícitos em textos legais, como também dos princípios correlatos, ou melhor, dos princípios implícitos, importantes são as palavras de Eros Roberto Grau sobre a eficácia destes princípios e a desnecessidade de explicitação:

Sua 'positivação' - dos princípios implícitos - não se dá mediante seu resgate no universo do direito natural, como tantos supõem; ela não é constituída, essa positivação, mas simplesmente reconhecida no instante do seu descobrimento (do princípio) no interior do direito pressuposto da sociedade a que corresponde. Vamos ser bem claros: eles não são 'positivados', visto já serem positivos. É uma tolice imaginar-se que o juiz, o jurista, o doutrinador, possa ser o autor da alquimia de transformar algo exatamente no que esse algo sempre fora.

Os princípios - diz Jean Boulanger [1950:66-67] - existem, ainda que não se exprimam ou não se reflitam em textos de lei. A jurisprudência limita-se a declará-los; ela não os cria. O enunciado de um princípio não-escrito é a manifestação do espírito de uma legislação. (GRAU, 2004)

O que seria então um princípio? Celso Antônio Bandeira de Mello define assim:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. (MELLO, 2009)

Sobre a relevância dos princípios jurídicos inerentes as licitações, o mesmo autor continua:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (MELLO, 2009)

Devendo a interpretação jurídica ser orientada pela força dos princípios, para compreender as licitações públicas e os institutos que as regulam é necessária a compreensão dos princípios inerentes.

O princípio da isonomia é o mais importante em todo ordenamento constitucional pátrio. A luz do que prescreve o artigo 30 da Lei nº 8.666/93 é em função da garantia da observância do princípio da isonomia que existe a licitação pública. Todos os ritos e os procedimentos devem ir de encontro a este princípio. Deve o procedimento licitatório garantir a efetiva participação do maior número de licitante

possível, nas mesmas condições, não se podendo impor impeditivos a competitividade.

Quando se fala em isonomia, remete-se a lição de Rui Barbosa - inspirada nas lições do filósofo Aristóteles de que "a regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam." Tanto é verdade, que a própria lei definiu situações em que os desiguais devem ser tratados desigualmente, como nas situações em que se garante o direito de preferência nas licitações públicas, podemos verificar no caso das microempresas e empresas de pequeno porte que, conforme determina a Lei Complementar Nr 123/2006, como se verá adiante quando se tratará dos critérios de julgamento de uma licitação.

À luz da mesma máxima de Rui Barbosa, ressalta-se que tratar isonomicamente as empresas licitantes não significa que a Administração não poderá definir especificações no objeto a ser licitado que restrinjam a competição. Sobre isto, diz Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

Como a norma se refere à qualidade é fácil inferir que mesmo em se tratando de bem ou serviço comum, pode a Administração definir características que restringem a competição, desde que tenha por objetivo assegurar a qualidade ou o melhor desempenho e que essas restrições sejam facilmente compreendidas no mercado e que [...] sejam justificadas nos autos do processo. (FERNANDES, 2008)

Em suma, os demais princípios da licitação existem tão somente em razão de garantir o princípio da isonomia nas licitações.

O princípio constitucional da legalidade é consagrado como princípio administrativo previsto no artigo 37, caput da nossa Carta Magna. O administrador público deve sempre agir na forma prescrita em lei. A liberalidade é mínima. As regras previamente estabelecidas não podem, em suma, serem desrespeitadas ou cumpridas ao bel prazer da discricionariedade do administrador público. A discricionariedade da Administração é exceção, sendo a regra a vinculação dos atos da Administração ao prescrito em lei.

Ensina o saudoso Hely Lopes Meirelles sobre a legalidade:

A eficácia de toda atividade está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. É o que diz o inc. I do parágrafo único do art. 20 da Lei 9.784/99. Com isso, fica evidente que, além da atuação conforme a lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos. (MEIRELLES, 2007)

No âmbito da administração pública, não se deve confundir a legalidade estrita, que lhe é aplicável, com o igualmente denominado princípio da legalidade inscrito no

art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, que determina que “ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Para a administração, a legalidade deve antes ser entendida como a impossibilidade de a administração praticar qualquer ato, salvo se tiver expressa autorização legal. Assim, no campo do direito privado, um particular pode praticar qualquer ato, exercer qualquer atividade, exceto se alguma lei proibir a sua prática. No campo do direito administrativo, a administração somente pode praticar os atos autorizados em lei. Se não existir lei autorizando o administrador a praticar determinado ato, ele está proibido de exercê-lo, e, se ainda assim o fizer, o ato será nulo.

O princípio da legalidade se relaciona com outros princípios, como o da vinculação ao instrumento convocatório, que faz valer a máxima, conhecida por aqueles que lidam com licitação pública, de que "o Edital se faz lei entre as partes", bem como o princípio do julgamento objetivo. Deve a Administração, ao realizar suas licitações, especificar da forma mais detalhada possível o objeto que se pretende contratar e adotar parâmetros objetivos para julgamento das propostas apresentadas. Se uma nova regra for criada no julgamento da licitação, no decorrer do certame, pode tornar o procedimento eivado de vício, sob pena de fazer-se nulo.

No âmbito das licitações, são encontradas diversas manifestações desse princípio. A Lei nº 8.666/93 define, por exemplo, as modalidades de licitação – concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão – e o seu processamento. Cabe ressaltar a modalidade denominada Pregão, instituída pela Medida Provisória nº 2.026, de 4/5/2000, convertida na Lei nº 10.520, de 17/7/2002. Assim, se um administrador realiza uma licitação, não pode, simplesmente, criar uma modalidade de licitação não permitida por lei. Nem pode fazer uma combinação de duas modalidades existentes para criar uma nova. O mesmo deve ser dito em relação aos critérios que serão utilizados para julgar as propostas. Esses são estabelecidos na Lei de Licitações, e o administrador não pode criar outros critérios distintos dos previstos em lei para julgar propostas.

A publicidade é um princípio próprio do Estado de Direito. A administração deve manter plena transparência de seus atos. A divulgação do que ocorre no âmbito da administração é condição indispensável à realização de outro princípio, o da moralidade. Ademais, a eficácia dos atos administrativos fica condicionada à sua publicidade. A única exceção ao princípio da publicidade, em matéria de licitação, diz respeito ao conteúdo das propostas apresentadas pelos licitantes – expresso em sigilo do

conteúdo das propostas. O conteúdo das propostas apresentadas somente pode ser conhecido no momento processual em que se procede ao seu julgamento. Até então, ninguém pode conhecer o seu conteúdo.

O princípio da publicidade também é um pressuposto de validade do procedimento licitatório. Os atos da administração, de maneira geral, devem ser públicos. Na licitação especialmente, haja vista o momento em que o Poder Público passa a utilizar-se dos recursos públicos oriundos dos tributos recolhidos da sociedade, para realizar as obras públicas ou adquirir bens e serviços fundamentais para o funcionamento do Estado, a fim de garantir o bom atendimento público que a população necessita. Existem atos do procedimento licitatório que são sigilosos, isto na fase que antecede a licitação. Depois de tornar público o certame nos meios de comunicação, deve ser dada ampla publicidade aos procedimentos da licitação.

O princípio da impessoalidade visa garantir que o administrador público não venha a deflagrar procedimentos licitatórios direcionados, bem como valer-se da licitação para promover-se pessoalmente, ou seja, deve a Administração ser imparcial quando realizar suas licitações e celebrar seus contratos. Para a Administração Pública não interessa quem será o vencedor do certame. O interesse público está somente na escolha da proposta que se mostrar técnica e economicamente mais vantajosa para a Administração, independente de quem seja. Visa a garantir a isonomia entre os licitantes.

Esse princípio, assim como o da legalidade, está expressamente mencionado no art. 37 da Constituição Federal. A impessoalidade deve ser compreendida como a proibição de direcionamento da licitação a pessoas, empresas ou grupos. A licitação deve ser impessoal, dirigida a todos, em igualdade de condições. O processo licitatório não pode visar o privilégio ou a exclusão de pessoas ou empresas, de modo que os administrados sejam tratados sem discriminação.

Pela impessoalidade não se deve entender que todos devem ser sempre tratados de forma absolutamente idêntica. Em face das peculiaridades do contrato, a lei autoriza a imposição de requisitos de qualificação técnica, econômica etc. Assim, quem não preencher os requisitos de qualificação expressamente mencionados no edital, será inabilitado na licitação. Essas exigências de qualificação, no entanto, não vão permitir que o administrador possa utilizá-las de modo a dirigir a licitação. As exigências de qualificação técnica ou econômico-financeira devem ser definidas no edital a partir da necessidade do objeto do contrato a ser licitado. Do contrário, impor exigências

descabidas para direcionar a licitação implicaria em violação, desse princípio e, ainda, do da moralidade.

A moralidade tem de estar presente em toda e qualquer atuação do administrador, inclusive na própria origem da licitação, que deve ser realizada em face de uma efetiva necessidade da administração. Cabe lembrar que o administrador gerencia recursos públicos e deve utilizá-los de modo a cumprir o interesse público. Como a celebração de contratos implica na realização de despesas, a necessidade de licitar deve ser considerada à luz da moralidade, assim como da eficiência e economicidade.

Existe presunção de boa-fé nos atos administrativos. Entretanto essa presunção não é absoluta e sim relativa. Em razão disso, deve o agente público observar o princípio da moralidade, bem como o da probidade administrativa, ou seja, não deve o administrador agir com improbidade, desonestidade ou praticando atos condenáveis moralmente. Aqueles que atuam na Administração Pública tem a obrigação de gerir honestamente os recursos públicos, de titularidade de toda a sociedade. A observância do princípio da moralidade e da probidade administrativa visa impedir o superfaturamento, bem como promoção pessoal dos agentes envolvidos. A moralidade e a probidade são, portanto, pressupostos de validade das licitações públicas.

O princípio do julgamento objetivo, também chamado de princípio da comparação objetiva das propostas, como já falado, consiste na garantia de que a Administração ira valer-se de critérios objetivos e previamente estabelecidos para julgar as propostas nas licitações públicas. Tal questão será discutida no próximo capítulo, uma vez que é impensável admitir que a Administração faça licitações em que a subjetividade seja critério para julgamento. O julgamento deve ser sempre objetivo e o critério preponderante o "menor preço". É este o anseio da sociedade.

O princípio da competitividade não diz respeito somente à obrigação da administração em fazer, por meio da publicidade, que o maior número tenha interesse de participar do procedimento licitatório. Significa, na verdade, que a Administração Pública deve abster-se de impor formalidades excessivas e/ou exigências desnecessárias, que possam ocasionar o direcionamento a um número reduzido de participantes.

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade também devem ser observados nas licitações haja vista a discricionariedade que possui o administrador público ao decidir iniciar o processo licitatório, seja na indicação do quantitativo do

objeto, seja nas exigências que veiculará no edital, entre outros mais atos. A não observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade pode vir a tornar o procedimento moroso, nulo ou até mesmo frustrado.

A fundamentação ou motivação administrativa é princípio que condiz com o próprio Estado de Direito. Não se admite, à vista dos valores que alicerçam a atuação do Estado, a existência de decisões sigilosas, desmotivadas, decisões que possam constituir impedimento ao exercício de controle sobre a ação administrativa. Devemos sempre lembrar que o administrador, quando exerce seus poderes, age em nome do povo, uma vez que todos os poderes dele emanam. O administrador deve, portanto, dizer por que adotou tal ou qual decisão.

O administrador deve motivar seus atos indicando, em primeiro lugar, os fundamentos de direito que legitimam a sua atuação. Ainda deve fazer a correlação lógica entre os eventos e os fatos que justificam a prática de determinado ato e demonstrar, pela motivação, a relação entre os motivos da prática do ato e a solução adotada.

Os demais são todos subprincípios da eficiência, consagrada no artigo 37, caput da Constituição Federal. A celeridade, justo preço, finalidade e seletividade, explicitados no Decreto Federal Nr 3.555/2000, que regula somente a modalidade pregão, devem ser observados também nas outras modalidades de licitação. À baila nas palavras de Joel de Menezes Niebuhr:

A eficiência em licitação pública gira em torno de três aspectos fundamentais: preço, qualidade e celeridade. Daí que do princípio da eficiência, mais abrangente, decorrem outros princípios, entre os quais o do justo preço, o da seletividade, o da celeridade e o da finalidade. O princípio do justo preço demanda que a Administração não assuma compromissos com preços fora de mercado, especialmente com preços elevados. O princípio da seletividade requer cuidados com a seleção do contratante e da proposta, relacionando-se diretamente com a qualidade do objeto contratado. O princípio da celeridade envolve o tempo necessário para realizar a Licitação, que deve ser o mais breve possível. E o princípio da finalidade presta-se a enfatizar que a licitação não é um fim em si mesmo, mas instrumento para que a Administração celebre contratos e, com eles, receba utilidades de terceiros, para que possa satisfazer aos interessados da coletividade e cumprir a sua missão institucional. Logo, tais princípios, repita-se, do justo preço, da seletividade, da celeridade e da finalidade, remetem ao princípio mais abrangente da eficiência. Ora, a observância de todos eles, em conjunto, revela a tão almejada eficiência. (NIEBUHR, 2008)

Importante o registro das palavras de Marçal Justen Filho, de que o princípio da legalidade sempre deve prevalecer, mesmo quando em desfavor da eficiência, se for o caso:

É necessário insistir em que o princípio da eficiência não se superpõe aos princípios estruturantes da ordem jurídica. Não se pode transigir quanto à configuração de um Estado Democrático de Direito, nem pretender validar atos defeituosos mediante o argumento das escolhas economicamente mais vantajosas. A adoção da democracia não é uma questão econômica. Não se pode escolher eger através de critério econômico uma solução incompatível com a ordem democrática. Os controles impostos a atividade administrativa do Estado não podem ser suprimidos através do argumento de sua onerosidade econômica. Todo agente estatal tem o dever de submeter sua conduta aos controles necessários a prevalência do Direito, mesmo que isso signifique tornar a gestão administrativa mais lenta e menos eficiente. Pode dizer-se que o princípio da eficiência é derivado e secundário: apenas se aplica após se verificar a compatibilidade de diferentes soluções com os princípios jurídicos fundamentais. A eficiência tem de ser um atributo do Estado Democrático de Direito, nunca bastará um Estado eficiente, se não for democrático. (JUSTEN FILHO, 2010)

2.5 Tipos de Licitação

Quando nos detivemos nos princípios da licitação, constatamos que o julgamento das propostas deve seguir o princípio do julgamento objetivo. A partir desses pressupostos, a própria legislação, em seu art. 45, § 1º, define os critérios que o administrador deve utilizar para julgar as propostas apresentadas.

“Art. 45. (...)

§ 1º. Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso:

I - a de menor preço – quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

II - a de melhor técnica;

III - a de técnica e preço;

IV - a de maior lance ou oferta – nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso. (...)”.

A rigor, dispomos de três tipos comuns de licitação: menor preço, melhor técnica e técnica e preço. A regra é adotar a licitação do tipo menor preço. O último tipo, de maior lance ou oferta, somente pode ser utilizado “nos casos de alienação de bens ou de concessão de direito real de uso”. A adoção de determinado tipo de licitação diz respeito, basicamente, ao critério para julgamento das propostas apresentadas.

A Lei de Licitações em seu art. 44, § 2º, determina que não será considerada “qualquer oferta de vantagem não prevista no edital ou no convite, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido, nem preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes”. Além disso, o próprio art. 45, caput, estabelece que “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”.

Desse modo, é papel da administração indicar, no próprio instrumento convocatório – seja o edital utilizado na concorrência, tomada de preços, concurso e leilão, seja o convite – o tipo de licitação adotado.

A Lei de Licitações deu preferência ao julgamento das licitações pelo critério do menor preço. E na licitação do tipo menor preço, o menor valor é único e exclusivo critério que pode ser aplicado para determinar se a proposta do licitante A é melhor do que a proposta apresentada pelo licitante B. É evidente que outros elementos, como qualidade, durabilidade, garantias ou aparência do produto ou serviço etc, devem ser considerados na licitação.

Uma questão importante surge quando ocorre empate entre duas ou mais propostas. Como o único critério de julgamento dessa modalidade de licitação é o preço, propostas de valores idênticos estão irremediavelmente empatadas. Mesmo que a qualidade dos produtos ou serviços seja diferente, não cabe nessa modalidade considerar qualquer critério de técnica.

Com o objetivo de resolver esse impasse, a própria lei estabelece critérios objetivos de desempate. O primeiro deles é indicado no art. 3º, § 2º:

“Art. 3º. (...)

§ 2º. Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

I - produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional;

II - produzidos no País;

III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.”

Em nome do princípio do julgamento objetivo, os critérios para desempate de propostas são apenas aqueles previstos em lei. O primeiro critério a ser utilizado em caso de empate em licitação por menor preço dá preferência às ofertas apresentadas por empresa brasileira, em detrimento de empresas estrangeiras. São privilegiados ainda os bens e serviços produzidos no país, em detrimento de outros produzidos no exterior.

Se ainda assim persistir o empate, torna-se obrigatória a adoção do sorteio como a única possibilidade de desempate, conforme o disposto no art. 45, § 2º, da Lei nº 8.666/93. Esse dispositivo determina que “no caso de empate entre duas ou mais

propostas, e depois de obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo".

A lei de Licitações determina em quais oportunidades podem ser utilizadas as modalidades de melhor técnica ou de técnica e preço.

“Art. 46. Os tipos de licitação de melhor técnica ou de técnica e preço serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral, e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4º do artigo anterior”.

Marçal Justen Filho recomenda a utilização do critério "melhor preço":

A Administração Públicas tem o dever de buscar o menor desembolso de recursos, a fazer-se nas melhores condições possíveis. Qualquer outra solução ofenderia aos princípios mais basilares da gestão da coisa pública. (JUSTEN FILHO, 2010)

Em relação às compras em geral, deve ser utilizada a licitação do tipo menor preço. Porém, no caso específico de contratação de bens e serviços de informática a lei prevê tratamento específico.

Art. 45. (...)

§ 4º. Para contratação de bens e serviços de informática, a administração observará o disposto no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, levando em conta os fatores especificados em seu § 2º e adotando obrigatoriamente o tipo de licitação técnica e preço, permitido o emprego de outro tipo de licitação nos casos indicados em Decreto do Poder Executivo.”

A remissão feita à Lei nº 8.248/91, a Lei de Informática, é no sentido de que, na aquisição de bens e serviços de informática, seja dada preferência aos produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

Caso seja silente o Edital, o critério para julgamento será sempre o de menor preço. A regra é a utilização do tipo "menor preço", sendo as demais modalidades utilizadas em excepcionalidade.

2.6 As Fases do Procedimento Licitatório

O padrão, em termos de procedimento, é a concorrência. A lei estabelece o seu processo, que serve de referência para as demais modalidades de licitação.

A modalidade pregão será tratada mais adiante em capítulo próprio, haja vista sua inovação e diferenciação das demais modalidades no que tange as suas fases procedimentais.

O procedimento licitatório possui duas fases: a fase interna e a fase externa. A fase interna é aquela fase preparatória que antecede a licitação. A fase externa é a licitação propriamente dita, tendo por início a abertura do processo licitatório com a publicação do ato convocatório.

A fase interna inicia-se, portanto, no planejamento da área demandante do órgão ou entidade promotora da licitação. É o momento em que se decidirá o que irá ser licitado, qual a quantidade, etc. Em posse destas informações preliminares, a área competente irá elaborar um Projeto Básico ou Projeto Executivo, se for o caso, contemplando o detalhamento do objeto que se quer contratar, os requisitos de habilitação, todas as obrigações que devem ser assumidas pelas partes, os prazos e o local para execução da futura contratação, etc. Ou seja, deve o Projeto Básico ou Projeto Executivo conter todas as informações fundamentais para a execução do contrato, sob pena, de frustrar o procedimento licitatório. Deve a área competente, tecnicamente habilitada para tanto, dar o maior detalhamento possível, a fim de estabelecer os critérios mínimos de aceitação do objeto pretendido, definindo, ponderada a complexidade, qual o tipo de licitação que será realizada.

Faz-se então uma pesquisa mercadológica, a fim de constatar qual o preço estimado da futura contratação. Essa pesquisa é de grande valia, pois será a partir dela que o órgão ou entidade promotora da licitação reservará determinada disponibilização orçamentária para aquela contratação. A realização desta pesquisa sem grandes atenções poderá trazer enormes prejuízos para a Administração, tanto no que se refere aos preços finais contratados, quanto a qualidade do objeto contratado.

Cabe a autoridade máxima do órgão ou entidade promotora da licitação, ou àquela que tenha sido delegada a função, a aprovação do Projeto Básico ou Projeto Executivo, para que seja dado início aos demais procedimentos. Procede-se a abertura de processo administrativo, que deve ser devidamente autuado, protocolado e numerado.

Após a aprovação do Projeto Básico ou Projeto Executivo, o setor responsável pela licitação deverá elaborar a minuta do ato convocatório, denominado edital, exceto para a modalidade convite, cujo ato convocatório é a carta-convite. É elaborada também a minuta do Termo de Contrato que irá reger a contratação.

O edital deverá conter as informações quanto às condições de apresentação das propostas e condições de participação, a modalidade licitatória, o critério de julgamento, a descrição do objeto a ser contratado, local para apresentação da proposta, prazos para assinatura do contrato, prazo para execução, as condições de objeto da licitação, critérios de reajuste, condições de pagamento, os critérios de desempate, as garantias a serem apresentadas, os recursos admissíveis e as sanções para os casos de inadimplemento. Todas as disposições obrigatórias do edital estão no artigo 40 da Lei nº 8.666/93.

Ressalta-se que a Lei de Responsabilidade Fiscal - Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2008, passou a exigir que o administrador público, ao preparar uma licitação, em especial quando as despesas decorrentes se referirem a expansão, criação e/ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesas, a necessidade de conter expressamente a estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor a despesa e a declaração do Ordenador de Despesas de que o aumento está adequado a Lei Orçamentaria Anual, bem como a Lei de Diretrizes Orçamentárias e ao Plano Plurianual.

Feito tudo isto, o Projeto Básico ou Projeto Executivo devidamente aprovado, a minuta do edital e do termo de contrato devem ser examinadas e aprovadas pela assessoria jurídica do órgão ou entidade promotora da licitação, por exigência do artigo 38, Parágrafo único da Lei nº 8.666/93.

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

- I - edital ou convite e respectivos anexos, quando for o caso;
- II - comprovante das publicações do edital resumido, na forma do art. 21 desta Lei, ou da entrega do convite;
- III - ato de designação da comissão de licitação, do leiloeiro administrativo ou oficial, ou do responsável pelo convite;
- IV - original das propostas e dos documentos que as instruírem;
- V - atas, relatórios e deliberações da Comissão Julgadora;
- VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade;
- VII - atos de adjudicação do objeto da licitação e da sua homologação;
- VIII - recursos eventualmente apresentados pelos licitantes e respectivas manifestações e decisões;
- IX - despacho de anulação ou de revogação da licitação, quando for o caso, fundamentado circunstanciadamente;
- X - termo de contrato ou instrumento equivalente, conforme o caso;
- XI - outros comprovantes de publicações;
- XII - demais documentos relativos à licitação.

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas

e aprovadas por assessoria jurídica da Administração. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Após terem sido feitos os ajustes decorrentes de eventuais apontamentos da assessoria jurídica, caso ocorram, estará o edital apto a se tornar público com a sua divulgação na imprensa oficial, nos jornais de grande circulação, na internet, e em todos os meios de comunicação que se fizer necessário.

Como já posto, a fase externa inicia-se na publicação do ato convocatório. A partir daí, o procedimento se torna público, podendo qualquer cidadão ter acesso irrestrito às informações da licitação e impugnar o edital, se for o caso.

O Edital fixará o prazo mínimo para os licitantes interessados apresentarem a documentação relativa à habilitação e a proposta de preço. Tratando-se de licitação na modalidade concorrência esse prazo é de 45 (quarenta e cinco dias) se a licitação for do tipo melhor técnica ou técnica e preço e 30 (trinta dias) se forem do tipo menor preço; na modalidade tomada de preço, o prazo é de 30 (trinta dias) se a licitação do tipo melhor técnica ou técnica e preço e 15 (quinze dias) se for do tipo menor preço; será o prazo de 05 (cinco dias) para a modalidade convite; e 45 (quarenta e cinco dias) para a modalidade concurso.

O edital define o local, dia e horário onde as licitantes deverão apresentar os dois envelopes, um contendo a documentação relativa à habilitação e outro a proposta de preço e técnica, esta última, somente, se for o caso. Esse procedimento refere-se à modalidade da concorrência, uma vez que na modalidade de tomada de preços as licitantes já estão previamente habilitados.

O doutrinador Diógenes Gasparini define a fase da habilitação como "ato administrativo vinculado mediante o qual a comissão de licitação confirma no procedimento da licitação os licitantes aptos, nos termos do Edital".

Em uma sessão pública deve-se proceder a abertura dos envelopes relativos a documentação de habilitação, que deverá ser rubricado por todas as licitantes.

Uma comissão formada de servidores será responsável pela verificação da documentação das empresas licitantes, podendo concluir pela habilitação ou pela inabilitação das mesmas.

Os documentos a serem apresentados, nos termos do artigo 27 da Lei nº 8.666/93, dizem respeito à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e declaração de que a empresa licitante não emprega em trabalho noturno, perigoso ou insalubre menores de 18 (dezoito) anos ou

menor de 16 (dezesseis) anos para qualquer tipo de trabalho, salvo na condição de aprendiz a partir de 14 (quatorze) anos. Ressalta-se que essa documentação poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão.

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

- I - habilitação jurídica;
- II - qualificação técnica;
- III - qualificação econômico-financeira;
- IV – regularidade fiscal e trabalhista
- V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Assim o artigo 28 do Estatuto das Licitações e Contratos dispõe sobre a documentação relativa à habilitação jurídica das licitantes:

Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:

- I - cédula de identidade;
- II - registro comercial, no caso de empresa individual;
- III - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;
- IV - inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;
- V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.

O artigo 29 menciona sobre a regularidade fiscal:

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:

- I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);
- II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;
- III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;
- IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.
- V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943.

No artigo 30 constam as qualificações técnica:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

- I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;
- II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da

licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

(...)

E, finalizando, o art. 31 sobre a qualificação econômico-financeira.

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

(...)

Poderão os documentos referentes à habilitação ser substituídos por certificado de registro cadastral, nos termos dos parágrafos 20 e 30 do artigo 32 da Lei de Licitações e Contratos.

Após analisadas todas as documentações de habilitação das empresas licitantes, depois de resolvidas todas eventuais impugnações e recursos, é que serão abertos os envelopes das propostas de preços e proposta técnica das habilitadas, esta última no caso de licitações do tipo técnica e preço e melhor técnica. Daí será feito o julgamento de acordo com o critério definido no edital, ou seja, de acordo com o tipo de licitação escolhido. Serão desclassificadas as empresas licitantes que apresentarem preços flagrantemente inexequíveis e classificadas as demais, homologando-se ao final, o resultado da licitação.

A Lei das Licitações e Contratos - Lei nº 8.666/93 estabelece em seu artigo 3º os critérios de desempate, caso os preços ou pontuações das empresas licitantes sejam iguais. A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que surgiu para regular o disposto no artigo 143, inciso III, letra "d" da Constituição Federal, estabelecendo tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte, na verdade, acabou por criar também novo critério de desempate para as

licitações, dando, por força do seu artigo 44, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. Essas empresas, apresentando proposta de preço igual ou até 10% (dez por cento) superior da proposta mais bem classificada, ou 5% (cinco por cento) no caso de pregão, poderão cobrir o preço daquela empresa licitante melhor classificada no certame.

Independente do critério de desempate, a empresa licitante mais bem classificada será adjudicada, ou seja, nascerá então o direito da licitante contratar em detrimento das demais e o dever de não se negar a contratar com a Administração para aquele objeto.

A crítica que se faz ao procedimento licitatório, da forma como é, refere-se a sua morosidade e obscuridade. Em uma concorrência, por exemplo, o prazo entre a publicação do edital e a apresentação da documentação de habilitação e proposta de preços pode chegar até 45 (quarenta e cinco) dias, dependendo do caso. Após isso, procede-se a fase de verificação da habilitação de todas as empresas licitantes. Imagine-se uma licitação que tenha a participação de pelo menos 30 (trinta) licitantes. Deve-se verificar, antes da proposta de preços, a documentação habilitatória de cada empresa licitante. Se cada envelope de habitação contiver no mínimo 150 (cento e cinquenta) folhas, o que não é incomum, imagine o tempo necessário para a comissão de licitação fazer a análise de toda documental (observa-se que o procedimento tradicional merece severas críticas inclusive sob o aspecto ambiental). Sem falar nas eventuais impugnações que poderão ocorrer, as quais deverão ser analisadas também, tornando o procedimento ainda mais moroso. Na prática não é exceção a licitação que dure por meses ou até anos para se finalizar.

Pese ainda que a sociedade esteja distante alheia ao procedimento, tendo em vista sua obscuridade. Obscuro porque, apesar de permitir o acesso ao cidadão comum, esse acesso às informações só poderá se dar caso o cidadão se dirija a repartição do órgão que promove a licitação. É notório que a corrupção se espalha com mais facilidade nos ramos em que não há participação da população, inclusive por meio do acompanhamento da imprensa. Em um mundo globalizado, do fácil acesso às comunicações, a sociedade clama por meios modernos de controle dos gastos públicos. São necessários mecanismos mais transparentes, que resultem na maior aproximação das pessoas, o que pode ser muito vantajoso para toda a sociedade. A tecnologia pode ajudar bastante a tornar o procedimento licitatório muito mais eficiente.

Com o condão de tornar o procedimento mais célere e transparente, criou-se a modalidade de licitação chamada pregão, que, na sua forma eletrônica, possui todas as

características capazes de tornar as licitações mais condizentes com o princípio da eficiência, pois se opera por meio da Internet, permitindo o melhor acompanhamento por parte das pessoas.

É essencial que não seja prejudicado o exercício da cidadania mediante obstáculo ao livre acesso a execução orçamentaria, a arrecadação de tributos, as contratações, ao andamento de contratos administrativos e as demais políticas públicas. No próximo capítulo será mostrado como se opera a modalidade pregão, especialmente na forma eletrônica, mecanismo esse, capaz de trazer inúmeras vantagens a Administração Pública e a sociedade como um todo.

3. NOVA MODALIDADE DE LICITAÇÃO: PREGÃO ELETRÔNICO

3.1 A Aplicabilidade do Pregão Eletrônico

A União criou no âmbito da Anatel – Agência Nacional de Telecomunicações –, nova modalidade de licitação, denominada pregão. Poderíamos afirmar que a Anatel foi utilizada, de certo modo, como cobaia desse novo experimento. Felizmente, a inovação mostrou-se extremamente vantajosa e, sendo autorizada sua utilização no âmbito da administração pública federal.

A Lei Geral de Telecomunicações⁶ proveu a modalidade pregão em seu artigo 56:

Art. 56 A disputa pelo fornecimento de bens e serviços comuns poderá ser feita em licitação na modalidade de pregão, restrita aos previamente cadastrados, que serão chamados a formular lances em sessão pública.

Dado o sucesso da modalidade pregão no âmbito da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, o Governo Federal decidiu estender a nova modalidade para toda a Administração Pública Federal. Optou-se pela via da medida provisória, em vez de proceder a uma ampla revisão dos sistemas de compras governamentais, quando então surgiu a Medida Provisória nº 2.026, de 04 de maio de 2000. Esta opção pela via da medida provisória bem como a restrição de sua aplicabilidade à União Federal trouxe uma série de inconvenientes.

Em seu texto havia claramente inconstitucionalidade, pois limitava sua aplicação restrita no âmbito da União:

Art. 2º Pregão é a 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. (grifo nosso)

Com o advento da Lei 10.520/2002 - Lei do Pregão, o vício de inconstitucionalidade cogitado pela doutrina perdeu seu objeto, pois, diferentemente da Medida Provisória 2.026/2000, a Lei do Pregão estendeu a aplicabilidade do Pregão aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

O instituto pregão foi trazido ao rol das modalidades licitatórias pela Medida Provisória Nr 2.026, de 04 de maio de 2000, modificada posteriormente pela Medida

⁶ Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.

Provisória Nr 2.182, de 23 de agosto de 2001. Essa última Medida Provisória foi convertida na Lei Nr 10.520, de 17 de julho de 2002, que atualmente dispõe sobre a matéria.

Aspecto peculiar do pregão está relacionado à necessidade de que no âmbito da União, assim como no de cada Estado, de cada Município e do Distrito Federal, seja editado regulamento para definir a sua aplicação. Quanto à administração pública federal, a União aprovou decreto federal para definir como os órgãos e entidades da administração federal irão proceder na aplicação dessa nova modalidade.

A regulamentação da modalidade pregão, em âmbito da União, já existia por força do Decreto Nr 3.555, de 08 de agosto de 2000 e foi recepcionada pela Lei do Pregão.

O sucesso da utilização do Pregão na esfera federal foi considerado tão grande, a ponto de o Decreto 5.450/2005 tornar a adoção do pregão obrigatória, na esfera federal, para as licitações envolvendo a aquisição de bens e serviços comuns, sendo preferencial a utilização de sua forma eletrônica.

Os Governadores dos diversos Estados e do Distrito Federal e os Prefeitos municipais devem aprovar, por meio de decretos próprios, as regras a serem observadas na condução de seus pregões pelos órgãos de suas administrações diretas e entidades das respectivas administrações indiretas. Nada obsta, no entanto, que o Governador ou o Prefeito possam adotar como modelo ou padrão o dispositivo federal – Decreto nº 3.555, de 2002. Podem eles, inclusive, aprovar norma que simplesmente afirme a aplicação, em seu Estado ou Município, das regras contidas no decreto federal.

O Governador ou o Prefeito estão obrigados a observar os parâmetros da própria Lei nº 10.520, de 2002. Os Estados e Municípios seguem o decreto federal somente se assim decidirem. Estão, todavia, obrigados a seguir as regras da Lei nº 10.520/2002, a lei do pregão, não sendo possível contrariá-la ou criar obrigação que não esteja nela prevista.

A função dos regulamentos do pregão, aplicáveis em cada âmbito de Governo, é definir como deve proceder a administração na preparação e na condução do pregão, tendo sempre como parâmetro a Lei nº 10.520, de 2002.

A legislação a ser observada na condução do pregão é, portanto, a Lei nº 10.520, de 2002, e o regulamento a ser aprovado pelo Presidente da República, pelos Governadores e Prefeitos para cada uma de suas respectivas esferas administrativas.

O autor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes assim define o pregão:

O pregão é uma nova modalidade de licitação pública e pode ser conceituado como o procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública, garantindo a isonomia, seleciona fornecedor ou prestador de serviço, visando a execução de objeto comum no mercado, permitindo aos licitantes, em sessão pública presencial ou virtual, reduzir o valor da proposta por meio de lances sucessivos. (FERNANDES, 2008)

Como exposto anteriormente, as modalidades dispostas na Lei nº 8.666/93 são escolhidas em função dos limites de valores estabelecidos no artigo 23 desta lei. Diferentemente, a utilização da modalidade pregão não se define em razão do valor da contratação, e sim da natureza comum do bem ou do serviço que a Administração pretende contratar. Em síntese, a modalidade de pregão só pode ser utilizada para a contratação de bem ou serviço considerado comum.

Assim dispõe a Lei Nr 10.520/2002 sobre o que seriam então bens e serviços comuns:

“Art. 1º. (...)

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.

Em complemento ao conceito dado pela Lei, traz-se a baila o conceito no entendimento de Joel de Menezes Niebuhr:

[...] bem e serviço comuns são aqueles que possam ser definidos no edital por meio de especificações objetivas, que se prestam a estabelecer o padrão de qualidade desejado pela Administração Pública, de acordo com características usuais no mercado, sem que variações de ordem técnica eventualmente existentes entre os bens e serviços ofertados por diversos fornecedores que atendam a tais especificações objetivas sejam importantes ou decisivas para a determinação de qual proposta melhor satisfaz o interesse público e desde que a estrutura procedimental da modalidade pregão, menos formalista e mais célere, não afete a análise da qualidade do objeto licitado ou importe prejuízos ao interesse público. (NIEBUHR, 2008)

O autor Marçal Justen Filho explica que a modalidade de pregão foi criada para a contratação de bens e serviços comuns nas hipóteses em que é público o domínio das técnicas de produção para o objeto e seu fornecimento ao adquirente, de tal modo que não existe dificuldade em localizar um universo de fornecedores em condições de satisfazer plenamente o interesse estatal.

O Decreto nº 3.555/2000 quando foi editado classificava, exaustivamente, em seu Anexo II os bens e serviços comuns, entretanto, devida a muitas crítica esse Anexo

foi revogado pelo o Decreto nº 7.174, de 12, modificando a redação do § 2º, do art. 3º, daquele Decreto:

“Art. 3º. (...)

§ 2º Consideram-se bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais praticadas no mercado.

É óbvio que a característica "comum" deveria ser interpretada a luz do parágrafo único do artigo 10 da Lei Nr 10.520/2002, e não considerar uma classificação exaustiva como estava prevista no Anexo II Decreto nº 3.555/2000.

O termo "mercado" entendem-se os particulares aptos a pactuar com a Administração, que atendam as exigências habilitatórias e comprovem a especialidade naquilo que se pretende contratar. A Administração Pública também deve dominar o entendimento sobre a técnica e a qualidade dos bens e serviços que quer contratar.

Por essa razão é uma discrepância o artigo 5º do Decreto Nr 3.555/2000, por exemplo, proibir o uso da modalidade pregão para a contratação de obras e serviços de engenharia, uma vez que tais serviços podem ser perfeitamente detalhados em Edital. A complexidade está nos olhos de quem não domina a técnica, e não das empresas do ramo e da área da Administração responsável pela obra ou serviço de engenharia, ou seja, a contratação nestes casos não contraria a Lei Nr 10.520/2002, apesar de que na doutrina não há quem assuma essa posição. Assim, registra-se a discordância com o seguinte posicionamento do doutrinador Jacoby Fernandes, sem querer questionar os eventuais e potenciais interesses acobertados por aqueles que defendem tal posição:

Mesmo que lei ou decreto não venham a estabelecer vedação ao uso do pregão para licitar serviço de engenharia, parece incorreto classificá-lo como comum. Serviço de engenharia e, nos termos da compreensão exposta - quando exigível profissional e essa atividade for predominante em custo e complexidade -, serviço não comum. (FERNANDES, 2008)

Percebamos, para um jurista ou para um leigo, realmente os serviços e as obras de engenharias é trabalho complexo, não para um engenheiro especializado, assim como um texto jurídico, uma sentença, por exemplo, é de difícil compreensão para quem não detém certo conhecimento técnico-jurídico. Deve-se na verdade estender o discriminado no artigo 14 da Lei Nr 8.666/93 - Lei de Licitações, a todos os tipos de contratações que preceitua:

Art. 14 - Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.

Na verdade o que quer se dizer e o seguinte: por mais que a doutrina e as Cortes de Contas queiram inventar obstáculos para uso da modalidade pregão, sob o argumento que sua total liberação poderá impactar na qualidade das contratações, o que se esconde é o fato de que o critério para aplicabilidade da modalidade Pregão é estritamente político. Como exposto, a Lei do Pregão não define o que seriam os bens e serviços comuns, apenas define, cabendo a cada ente federativo regulamentar sua utilização no âmbito de sua atuação. Se o Governo Federal se diz empenhado em incentivar o uso da modalidade pregão eletrônico com o objetivo de acelerar as contratações que impactarão no Programa de Aceleração do Crescimento, por que então não faz uso do seu poder discricionário dado pela Lei nº 10.520/2002 e simplesmente amplia o rol elencado no Anexo II do Decreto Nr 3.555/2000 de modo a servir de exemplo aos demais entes da federação? Será que há realmente interesse na economia advinda da modalidade pregão? A população deve recusar-se a acreditar que as modalidades tradicionais, que são mais morosas e mais obscuras, não escondem por trás grandes conluíus entre grupos restritos de empresas e corrupção entre os servidores públicos? Ou deve a população acreditar que o único receio na liberação da modalidade pregão se dá em razão da qualidade das contratações?

Quando em muito, a doutrina arrisca a dizer que "se a adoção da modalidade pregão não prejudicar a análise da qualidade do produto, porque ela é definida de modo usual, então é cabível o pregão".

Se há um receio de que a qualidade do objeto licitado estará prejudicada com o uso da modalidade pregão, esta se justifica pela falta de melhor qualificação dos agentes públicos para preparar um Edital tecnicamente detalhado e para selecionar a proposta mais vantajosa, sendo esse tema objeto de análise em parte específica deste trabalho.

São injustificadas as restrições que se impõem a aplicabilidade da modalidade pregão. Há condições de ser utilizado sim para todo tipo de contratação, na forma eletrônica principalmente quando o critério de julgamento for o de "menor preço" e na forma presencial na excepcionalidade, quando as licitações do tipo "melhor técnica" e "preço e técnica" não forem possíveis de ser realizadas na forma eletrônica.

Ressalta-se ainda que a modalidade pregão possa ser utilizada perfeitamente, não só para as licitações do tipo "menor preço", como também para aquelas cujo critério de julgamento for o de "maior desconto".

Ademais, o que se pretende com a modalidade pregão é tão somente o ganho em celeridade processual e economia ao erário, uma vez que consiste na inversão da ordem

das fases habilitatória e de apresentação de preços e da possibilidade das licitantes competirem de fato, podendo reduzir os seus preços, como se verá adiante .

Portanto, se existe uma modalidade (Pregão), já testada e aprovada por diversos órgãos da Administração Pública, ou seja, se a própria lei, ao autorizá-la, reveste-a de confiabilidade, por que tornar defeso o seu uso para todo tipo de contratação, como por exemplo, para as compras de grande vulto, bem como para as obras e serviços de engenharia, casos em que são mais latentes os casos de corrupção em licitações? Por que um mecanismo que tem permitido a todas as esferas administrativas contratar seus bens e serviços com maior economia, celeridade e transparência não pode ser utilizada para as contratações que mais carecem de controle da sociedade? Eis a indignação.

3.2 Etapas Procedimentais da Modalidade Pregão: Interna e Externa

Assim como as demais modalidades de licitação, o procedimento da modalidade pregão é dividido em duas fases: a fase interna e a fase externa.

A fase interna é praticamente da mesma maneira as das outras modalidades. Nasce com o planejamento da área técnica do órgão que pretende fazer a contratação, que resultará na elaboração de um Termo de Referência, diferentemente das demais modalidades, onde se elabora um Projeto Básico e/ou Projeto Executivo, se for o caso.

Deverá o Termo de Referência conter elementos capazes de propiciar avaliação do custo pela administração diante de orçamento detalhado, valor estimado em planilhas de acordo com o preço de mercado, estratégia de suprimento, definição dos métodos, cronograma físico-financeiro, se for o caso, critério de aceitação do objeto, procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato, deveres do contratado e do contratante, prazo de execução e sanções. Ou seja, deverá conter todas aquelas informação necessária para que se possa efetuar perfeitamente uma contratação.

Na prática, o instrumento Termo de Referência difere do Projeto Básico somente na nomenclatura, pois apesar do artigo 9º, parágrafo 2º do Decreto Nr 5.450/05 dizer que o primeiro deve ser conciso, claro e objetivo, deve ser o mais detalhado possível, ao contrário do que defende parte da Doutrina, especialmente aqueles que comungam da opinião de Sidney Bittencourt:

Não nos parece, entretermos, que esse termo venha a substituir o projeto básico, conforme já nos posicionamos em livro que aprecia o regulamento do pregão. Ao contrário, vislumbramos, pelos próprios textos dos dispositivos

que delineiam a matéria em avaliação conjugada que, pelas informações que conterão, um servirá de suporte para a elaboração do outro, quando o projeto básico, em face do objeto pretendido, seja necessário. Contudo, é evidente que, em certas ocasiões, o tal termo fará as vezes de projeto básico.

É cediço entretanto, que o termo de referência traz em seu bojo informações simplificadas do objeto da contratação, do custo envolvido e dos métodos necessários. Já o projeto básico, quando necessário, conterá uma descrição detalhada do objeto, com todos os requisitos que a Lei no 8.666/93 define no inciso IX do art. 6º. (BITTENCOURT, 2005)

Após elaboração do Termo de Referência, o mesmo deve ser aprovado pela autoridade competente, que autorizará a abertura de processo administrativo, sendo devidamente autuado, protocolado e numerado, dando início ao procedimento formal de licitação.

Proceder-se-á a elaboração de minuta do Edital e do Contrato que irá reger a contratação. O Edital deverá conter as disposições obrigatórias descritas no artigo 40 da Lei Nr 8.666/93, como já inclusive exposto no capítulo anterior. O Termo de Referência será, a exemplo da minuta do Contrato, anexo ao Edital.

No pregão a licitação não será conduzida por uma comissão de licitação, mas sim por uma figura singular que é o pregoeiro, o que é muito mais econômico para a Administração Pública, levando-se em consideração a redução com gastos de pessoal no procedimento. Na fase preparatória é onde ocorre a designação da figura do pregoeiro, que será auxiliado, se necessário, por uma equipe de apoio formada por, no mínimo, dois servidores, sendo que na realidade, poucas vezes essa equipe é acionada.

A equipe de apoio deverá ser formada, em sua maioria, por servidores ocupantes de cargo efetivo ou emprego da administração pública, pertencentes, preferencialmente, ao quadro permanente do órgão ou entidade promotora da licitação que se pretende lançar.

A designação do pregoeiro, a critério da autoridade competente, poderá ocorrer para período de um ano, admitindo-se reconduções, ou então, para licitação específica. As atribuições do pregoeiro são aquelas relacionadas à condução do certame licitatório, em especial todas aquelas descritas no artigo 11 do Decreto Nr 5.450/05.

Em particular, no uso da modalidade pregão na forma eletrônica, há a necessidade de uma providência a mais, que é o credenciamento das eventuais empresas licitantes no sistema eletrônico de compras. O sistema de compras da Administração Pública Federal é o "Comprasnet", que será mais bem analisado neste trabalho, sendo necessário para o seu acesso o credenciamento no "Sistema de Cadastro de Fornecedores", mais conhecido pela sua sigla de SICAF. O credenciamento consiste na

atribuição de uma chave de identificação e senha aos licitantes. Para se credenciar deverá a empresa licitante comprovar que está em dia com suas obrigações junto a Receita Federal, a Fazenda Pública, ao INSS e quanto aos depósitos de FGTS de todos os seus empregados.

Consequentemente, estando todas as formalidades constantes no processo administrativo que instrui a licitação, o Termo de Referência, as minutas do Edital e do contrato serão examinadas pela assessoria jurídica do Órgão ou da entidade promotora da licitação, a exemplo de como e feito nas demais modalidades. Cumpridos os eventuais apontamentos sugeridos da assessoria jurídica, estará apto a se tornar público o pregão, por meio de avisos em jornal oficial, de jornais de grande circulação, na internet, etc., obrigatório que o Edital deverá estar disponível, na sua integridade, no sítio do Comprasnet.

Também a exemplo das demais modalidades, a fase externa inicia-se com a publicação do Edital, entretanto o desenvolvimento desta fase traz inovações importantes. O grande diferencial da modalidade pregão pode ser comprovado na sua fase externa.

A primeira inovação, que já traz grandes avanços, no que diz respeito a celeridade dada ao procedimento da modalidade pregão, se refere ao prazo estabelecido para a apresentação das propostas de preços. Após a data da publicação da licitação, as empresas licitantes terão 08 (oito) dias úteis para apresentar os seus preços.

Além disso, ao contrário das demais modalidades dispostas na Lei nº 8.666/93, a fase de apresentação da proposta de preços antecede a fase de habilitação. Sem falar na possibilidade das licitantes terem a oportunidade de apresentar novas propostas com seus preços reduzido, como bem ilustra Joel de Menezes Niebuhr:

Trata-se de espécie de leilão as avessas. Melhor explicando: Os participantes do leilão oferecem sucessivas propostas, com preços maiores do que os antecedentes, uma vez que o vencedor do leilão é aquele que oferece a proposta com o maior valor. Já no pregão, os preços vão se reduzindo, uma vez que o vencedor é aquele que oferece a proposta de menor valor. (NIEBUHR, 2008)

Por força regulamentar, só é possível a utilização da modalidade pregão para as licitações do tipo "menor preço", objetivamente, será a primeira colocada na fase de apresentação dos preços, a empresa licitante que obviamente apresentar o menor preço. Em caso de empate nos preços vencedores, os critérios de desempate, como exposto antes, são aqueles definidos no artigo 30 da Lei Nr ° 8.666/93, bem como é necessária a

observância do direito de preferência recomendado as microempresas e empresas de pequeno porte, por força da Lei Complementar Nr 123.

A inversão entre fase de habilitação e a de apreciação das propostas, não deve ser entendida como um desapareço pela importância da fase de habilitação. É fundamental a Administração pública saber informações referentes àquela que quer contratar, se a empresa contratada terá condições de cumprir o eventual contrato a ser celebrado e se ela possui conhecimento técnico suficiente para executar o contrato. Esse é o papel da fase de habilitação. O que a modalidade pregão faz, na verdade, é economizar tempo. Ou seja, evitar a conferência da documentação de todas as empresas licitantes, sendo que na verdade só ira contratar com uma, ou melhor, aquela que oferecer o menor preço.

Na modalidade pregão a análise dos documentos habilitatórios ocorrerá somente em relação a empresa licitante que apresentar o menor preço. A documentação de habilitação é aquela disposta no artigo 27 da Lei Nr 8.666/93, que cabe para todas as modalidades, concomitante com o artigo 40, inciso XIII da Lei Nr 10.520/02. Assim, deve a empresa licitante vencedora apresentar comprovantes que atestem sua habilitação jurídica, a qualificação técnica, a qualificação econômico-financeira, a regularidade fiscal e, também, declarar que não emprega em trabalho noturno, perigoso ou insalubre menores de 18 (dezoito) anos ou menor de 16 (dezesesseis) anos para qualquer tipo de trabalho, salvo na condição de aprendiz a partir de 14 (quatorze) anos. A forma de como devem ser apresentados estes documentos obedecerá ao disposto no tópico Nr 6 do capítulo I deste trabalho.

Todas as empresas licitantes deverão apresentar, tão somente, declaração de que cumprem os requisitos habilitatórios por ocasião do ato da entrega das propostas, sendo obrigatória a apresentação dos respectivos documentos comprobatórios para a empresa licitante que apresentar o melhor preço.

Desta forma, invertendo a ordem da apresentação da documentação habilitatória e da proposta de preços e possibilitando as empresas licitantes a oportunidade de dirimirem os seus preços, as licitações mais se coadunarão com os princípios a que estão inerentes, tais como o da igualdade, da impessoalidade, da moralidade, da probidade administrativa, e principalmente aqueles relacionados ao princípio de direito administrativo basilar da eficiência, bem como o da celeridade, da razoabilidade, da finalidade, da seletividade, da competitividade, do justo preço e da comparação objetiva das propostas.

3.3 A Modalidade Pregão nas Formas: Presencial e Eletrônica

A modalidade pregão, como falado, é regulada pela Lei Nr 10.520/2002 e tem como finalidade a contratação de bens e serviços considerados comuns pelo órgão ou entidade que promove a licitação pública. Esta modalidade pode ser operada de duas formas distintas, uma presencial e outra eletrônica, não se tratando de modalidades de licitação distintas, mas sim, essas formas são espécies do qual o pregão é gênero.

Essas duas formas, presencial e eletrônica, possui características próprias, tendo como maior distinção o fato de que na forma de pregão eletrônico não há a presença física das empresas licitantes, enquanto na forma presencial a presença das mesmas em uma sessão pública coletiva é indispensável. Marçal Justen Filho diferencia assim as duas formas do pregão:

[...] a peculiaridade do pregão eletrônico residirá na ausência de sessão coletiva, reunindo a presença física do pregoeiro, de sua equipe de apoio e dos representantes dos licitantes num mesmo local determinado. No pregão eletrônico, Os interessados não comparecem ao local certo portando envelopes, materialmente existentes. Enfim, tudo aquilo que se previu a propósito do pregão será adaptado a um procedimento em que as comunicações se fazem por via eletrônica. Valendo-se dos recursos propiciados pela Internet, cada interessado utilizará um terminal de computador, conectando-se aos serviços ofertados pela própria Administração. As manifestações de vontade dos interessados serão transmitidas por via eletrônica, tudo se sujeitando a uma atuação conduzida pela pessoa do pregoeiro. Essa atuação envolve a gestão não apenas do processo licitatório, mas também do próprio sistema eletrônico” (JUSTEN FILHO, 2010)

O doutrinador Marçal Justen Filho define o instituto do pregão eletrônico da seguinte maneira:

O pregão, na forma eletrônica, consiste na modalidade de Licitação pública, de tipo menor preço, destinada a seleção da proposta mais vantajosa para a contratação de bem ou serviço comum, por meio de propostas seguidas de lances, em que os atos jurídicos da Administração Pública e dos interessados desenvolvem-se com utilização dos recursos da Tecnologia da Informação, valendo-se especialmente da rede mundial de computadores (Internet). (JUSTEN FILHO, 2010)

Ambas as formas de pregão dão aplicabilidade ao princípio da publicidade. Na modalidade pregão presencial qualquer cidadão poderá participar da sessão pública de licitação. Entretanto, maior amplitude terá o princípio da publicidade na modalidade pregão eletrônico, onde qualquer um poderá acessar o andamento da licitação, em tempo real, através da rede mundial de computadores - Internet, em qualquer lugar do mundo. O maior diferencial entre a modalidade pregão e as demais modalidades, porém,

não está na aplicação do princípio da publicidade, e sim no princípio da competitividade. Sendo que no procedimento eletrônico, há a possibilidade de um leque muito maior de participantes concorrerem. Garante ainda maior transparência as licitações públicas, já que por meio da Internet poderá ser acompanhada por qualquer cidadão que esteja distante.

A Administração Direta Federal ao realizar as suas licitações por meio da modalidade pregão eletrônico, assim o faz através do sítio "Comprasnet" (<http://comprasgovernamentais.gov.br>, que é de responsabilidade da Secretaria de Logística e Tecnologia da informação - SLTI do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Os Órgãos ou entidades que não dispuserem de sistema eletrônico próprio, poderão efetuar suas compras, gratuitamente, através do Comprasnet, bastando apenas se cadastrarem junto a SLTI.

O sítio do Comprasnet começou a ser implantado no ano de 1998 apenas como meio de divulgação dos Editais das licitações, e hoje é ferramenta fundamental para a Administração. No ano de 2007 mais de 35 mil pregões eletrônicos foram operados por meio do Comprasnet, segundo dados da Secretaria de Logística e Tecnologia da informação - SLTI. O aludido sistema eletrônico de compras conduz ao processamento de todo o certame licitatório, desde o cadastramento das empresas licitantes, ao recebimento das propostas de preços e o seu ordenamento. É de fundamental importância a segurança na transmissão de dados do sistema eletrônico de compras, sendo papel da SLTI assegurar a segurança, garantindo sua confiabilidade. Entretanto, o Comprasnet deve ser funcional, de fácil manuseio, não só para os agentes públicos e empresas licitantes que nele operam, como também para o cidadão comum, usuário de Internet, que o acessa buscando informações sobre como estão sendo realizadas as licitações envolvendo dinheiro público. O Comprasnet, apesar de ser uma ferramenta brilhante e inovadora, ainda peca em funcionalidade.

Conforme retratado no primeiro tópico deste Capítulo, o Decreto Nr 5.450/05 em seu artigo 4º, parágrafo 1º obriga a Administração Direta Federal a utilizar a modalidade pregão na forma eletrônico para todo tipo de contratação de bens e serviços e comuns, salvo nos casos de comprovada inviabilidade a ser justificada pela autoridade competente. Apesar do referido decreto tornar obrigatória a utilização do pregão na forma eletrônica, esta regra só tem força vinculante para a Administração Pública Direta Federal, cabendo a cada ente federativo regular o pregão no âmbito de sua atuação, seja na forma eletrônica ou presencial, devendo o Chefe do Poder Executivo Regional ou

Local, a exemplo de como fez o do Executivo Federal, dispor da utilização do pregão de acordo com a sua conveniência e particularidade. Isto por que, sabe-se que o Brasil é um país continental, que as reais particularidades são muitas e que há inúmeros municípios que ainda não dispõem de tecnologia para adotar o pregão somente na forma eletrônica, ou então as suas licitações além de não serem negócios vultosos, só serão atrativas para fornecedores de localidades próximas, que muitas vezes também podem não dispor de tecnologia para participar do pregão eletrônico, o que frustrará a licitação e contrariará princípio justificador do instituto, a competitividade.

Assim, apesar das inúmeras vantagens que a modalidade pregão na forma eletrônica pode trazer aos procedimentos licitatórios, como se verá no tópico seguinte, e tendo em vista a atual realidade de um país desigual, de dimensões continentais, faz-se necessária a permanência da existência do pregão nas duas formas, eletrônica e presencial. Some-se a isto o fato do pregão eletrônico possuir obstáculos jurídicos e operacionais - que será tratado a frente neste trabalho - que impedem sua maior amplitude, o que seria o ideal, considerando a enorme economia, a celeridade, ou seja, a eficiência trazida pelo sistema eletrônico de compras.

3.4 As Vantagens da Modalidade Pregão na Forma Eletrônica

Como defendido até aqui, a criação da modalidade pregão trouxe enormes melhorias aos procedimentos licitatórios. E na forma eletrônica tornou ainda mais dinâmico o processo, contribuindo para a celeridade e a economicidade.

Para se ter uma ideia do quanto a burocrata exagerada contribuí para a morosidade do procedimento, especialmente na fase de habilitação das empresas licitantes, traz-se a baila as palavras de Joel de Menezes Niebuhr, que resume bem o quadro traumático:

Recorde-se o procedimento de habilitação previsto na Lei no 8.666/93: a comissão de licitação deve abrir os envelopes de habilitação de todos os licitantes, verificar documento por documento e franquear vistas a todos Os licitantes, para que possam impugnar os apresentados pelos seus pares. Proposta alguma impugnação, a comissão deve analisá-la e, de qualquer modo, avaliar os documentos apresentados, posicionando-se a respeito da conformidade ou desconformidade deles com o pedido no edital. Essa decisão deve ser publicada na Imprensa Oficial, se todos forem cientificados, pessoalmente e naquela oportunidade, da decisão tornada pela comissão (1 do artigo 109 da Lei nº 8.666/93). Realizada a intimação dos licitantes, a comissão deve conceder-lhes o prazo de 5 (cinco) dias úteis para interponem os recursos que repute cabíveis (alínea "a" do inciso I do artigo 109 da Lei

nº 8.666/93), que terão efeito suspensivo (20 do mesmo artigo), abrindo vistas, em seguida e pelo mesmo prazo, para Os demais se manifestarem. Enfim, pronunciando-se sobre os eventuais recursos, a autoridade competente expressa decisão administrativa definitiva sobre a habilitação. (NIEBUHR, 2008)

Muitas são as vantagens da utilização da modalidade pregão, especialmente na sua forma eletrônica.

A priori pode-se notar que dentre as modalidades previstas na Lei nº 8.666/93 - Concorrência, Tomada de Preços e Convite - havia uma dificuldade e um temor pelo atraso do procedimento, caso fosse inadequadamente escolhida uma modalidade, uma vez que o critério de escolha está relacionado ao valor estimado da contratação. Ocorre que a utilização da modalidade pregão independente do valor estimado para a contratação, sendo que o único critério para sua aplicabilidade é se a natureza do bem ou do serviço que o órgão ou a entidade pretende contratar é considerada comum.

Outra grande vantagem da modalidade pregão é a economicidade que ela proporciona para aqueles que a utilizarem. A possibilidade das empresas licitantes diminuírem seus preços, aumentando a competitividade, é sua maior marca, tornando-a de longe a modalidade mais eficiente. A economia alcançada na modalidade pregão para a Administração Pública Federal nos últimos anos será demonstrada com dados objetivos no último tópico deste Capítulo.

A inovação da inversão na fase externa entre a habilitação e a apresentação da proposta de preço, trouxe uma celeridade impressionante nas licitações públicas. Apurada a melhor proposta de preços, analisa-se tão somente a documentação habilitatória da empresa licitante primeira colocada. Caso haja conformidade da documentação habilitatória da empresa licitante que apresentar o melhor preço com aquilo que é exigido em Edital, não há então a necessidade de se analisar a documentação das demais empresas licitantes. Assim, considerando o prazo de 08 (oito) dias entre a publicação do certame e a apuração dos preços, aliado a simplificação trazida com a inversão da fase externa, o pregão pode ser concluído em poucos dias, ao contrário das outras demais modalidades.

Na modalidade pregão há celeridade inclusive no caso de ocorrerem eventuais recursos e impugnações. O artigo 41, inciso XVIII da Lei Nr 10.520/2002 estabelece que qualquer empresa licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando as demais empresas licitantes desde logo intimadas para

apresentar contrarrazões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos. O diferencial da forma eletrônica é que a empresa licitante deve apresentar de forma imediata e motivada as intenções e as razões de recurso no prazo de 05 (cinco) minutos, contados pelo próprio sistema Comprasnet.

Não existe também a necessidade da Administração publicar as decisões referentes à licitação realizada por pregão na imprensa oficial, ocasião que em regra iniciava-se a contagem do prazo para interposição do recurso. Se o pregão na forma presencial, a decisão é dada na sessão pública na presença das licitantes, e sendo na forma eletrônica será dada de imediato pelo Comprasnet.

Comparando as duas formas do pregão, presencial e eletrônica, vê-se que a segunda traz vantagens que a primeira não possui. O pregão na forma eletrônica inova, posto que toda interação, todo procedimento, e feito na forma eletrônica, por meio da rede mundial de computadores, a Internet, possibilitando uma economia de custos operacionais, já que os procedimentos são conduzidos por uma só pessoa, o pregoeiro, e não por uma comissão de licitação, como nas demais modalidades de licitações. O gasto com pessoal é responsável maior pelo custo da Administração ao efetuar suas compras e a adoção do pregão eletrônico reduz os custos operacionais inclusive para as empresas licitantes.

O pregão eletrônico destina-se à aquisição dos mesmos bens ou serviços comuns que podem ser adquiridos através da forma original de pregão. Em razão da economia de recursos proporcionada pela utilização das ferramentas tecnológicas, o Decreto nº 5.450, de 2005, determina que a Administração deverá dar preferência à forma eletrônica de pregão, deixando de empregá-la, justificadamente, apenas nos casos de comprovada inviabilidade.

No pregão na forma eletrônico não há a necessidade da presença física dos representantes das empresas licitantes, diminuindo os custos de locomoção das participantes, que seriam os custos com deslocamento e hospedagem para as participantes da licitação, o que repercutirá na redução do preço final do objeto a serem contratados.

O edital do pregão eletrônico, assim como o de qualquer licitação, fixa data e hora para abertura da sessão pública do certame. A sessão pública é realizada em um ambiente virtual, com os participantes conectados através da internet. Os licitantes devem enviar suas propostas, por meio do sistema eletrônico, até a hora determinada no

edital para a abertura da sessão pública. Caso decidam desistir de participar do pregão, ou queiram alterar sua proposta, podem fazer isso até a abertura da sessão. Uma vez aberta a sessão, o sistema, de forma automática, não aceita mais a apresentação de novas propostas ou a retirada daquelas já apresentadas.

A classificação das propostas obedece aos mesmos requisitos do pregão tradicional, e o pregoeiro deve fundamentar as desclassificações e registrá-las no sistema, para acompanhamento em tempo real por todos os participantes. O sistema automaticamente ordena as propostas, para participação na fase de lances, seguindo os mesmos critérios do pregão presencial. Mas, diferentemente do pregão tradicional, no pregão eletrônico os lances não são feitos obedecendo a uma ordem sequencial entre os participantes classificados. Todos eles podem, a qualquer momento, oferecer um lance, desde que seja inferior ao último por ele ofertado e registrado no sistema. O sistema informa aos participantes, em tempo real, o valor do menor lance existente, sem identificar, no entanto, qual foi o licitante que apresentou esse lance.

O pregoeiro decide o momento em que a etapa de lances deve ser encerrada. O sistema encaminha, então, aos participantes, um aviso de que os lances serão encerrados em breve, em um período aleatório de até trinta minutos, ao final do qual novos lances não mais serão aceitos.

O restante do processo é muito parecido ao seguido no pregão tradicional. O pregoeiro pode negociar com o licitante vencedor, sendo essa negociação acompanhada pelos demais participantes através do sistema. A habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta é feita de forma eletrônica, pela consulta de suas informações registradas no SICAF. Os documentos que não estejam registrados no SICAF, como aqueles relativos à qualificação técnica, deverão ser apresentados no prazo fixado no edital.

Se todas as exigências de habilitação tiverem sido atendidas, o licitante será declarado vencedor. Os demais licitantes poderão, na sessão pública, manifestar intenção de recorrer da decisão.

Como vimos, os procedimentos adotados no pregão eletrônico não diferem muito daqueles do pregão tradicional. O diferencial mais significativo, que se traduz em uma vantagem para a Administração e também para os licitantes, é que fica dispensada a sua presença física em um local de reunião determinado. Essa é uma vantagem que os alunos do ensino a distância podem perceber com facilidade, pois já estão acostumados a reuniões em ambientes virtuais.

Sendo o pregão na forma eletrônica todo operado a distância, por meio da Internet, além das empresas licitantes poder ofertar preços mais baixos em razão da economia nos custos operacionais, resultará ainda na participação de um maior número de empresas licitantes. Empresas situadas em qualquer parte do país poderão participar das licitações públicas, sem a necessidade de deslocarem de suas sedes e comparecerem pessoalmente, bastando apenas terem a sua disposição a ferramenta da Internet. Assim, comparada à forma presencial, a forma eletrônica do pregão faz com que os participantes não estejam adstritos apenas às localidades próximas ao do órgão ou entidade licitante, gerando uma maior competitividade. Em outras palavras: haverá no final uma economia nos preços contratados.

Por ser eletrônico, na fase de apuração do melhor preço, o próprio sistema de compras ordena os lances das empresas licitantes, o que reduz o trabalho do pregoeiro, com isso dá maior celeridade ao procedimento. No caso da União, em que os pregões eletrônicos são operados através do sitio Comprasnet, o próprio sistema acusará se a licitante, se for microempresa ou empresa de pequeno porte, terá o direito de preferência em caso de empate nos preços, caso apresente proposta igual ou até 5% superior a mais da bem classificada, conforme artigo 44 da Lei Complementar nº 123/2006.

Além de diminuir o excesso das formalidades, os prazos exacerbados, bem como a burocracia das modalidades tradicionais, o pregão na forma eletrônica traz ainda grandes benefícios ao meio-ambiente. Sendo toda a fase de credenciamento das licitantes e de apresentação de propostas feita por meio da rede mundial de computadores - Internet, não mais existirá o amontoado de pilhas de papel que formavam os processos administrativos das licitações. A informatização dos procedimentos administrativos do Estado e uma tendência, seguida inclusive pelo Poder Judiciário no manuseio de seus processos, como determina a Lei Nr 11.419, de 19 de junho de 2006.

A adoção de ferramentas da web colaborará com a intenção de se tornar o Estado mais moderno com controle de seus atos mais célere e efetivo, uma vez que o pregão na forma eletrônica possibilita o acompanhamento por qualquer cidadão em qualquer lugar do mundo, por meio da rede mundial de computadores. E obviamente, tendo maior controle da população, os benefícios para a coletividade serão muitos, resultando no direcionamento dos gastos as demandas mais urgentes e necessitadas.

A informatização do Estado e algo crescente, capaz de dar maior celeridade ao processo de compras da administração pública, além do mais o Estado deve estar

sempre buscando a sua desburocratização indo de encontro a informatização, presente cada vez mais na vida cotidiana do cidadão, que assiste a materialização dos recursos da informática diante dos próprios olhos e ao alcance de suas mãos, agindo sobre todas as atividades e modificando os instrumentos de percepção e ação. A sociedade vem presenciando um fluxo contínuo de inovações tecnológicas, e a uma natural acomodação as ininterruptas mudanças culturais decorrentes.

Comunga-se a crítica de Joel Menezes de Niebuhr:

A tecnologia da informação é o traço mais marcante da pós-modernidade, que, já com bastante atraso, bate a porta da licitação pública por meio da modalidade pregão eletrônico. A principal função da tecnologia da informação é encurtar as distâncias, aproximar as pessoas, facilitando a interação do conhecimento e das informações. Hoje as informações são difundidas em tempo real para todo o planeta, o que implica transformações de monta de modo de agir dos atores econômicos, políticos e sociais. (NIEBUHR, 2008)

Em suma, o pregão na forma eletrônica é a mais rápida e barata modalidade licitatória que dispõe a Administração, contribuindo para a desburocratização e coadunando-se com o princípio constitucional da eficiência. Além disso, indiscutivelmente, dá-se maior transparência aos gastos feitos pela Administração, possibilitando um maior controle da sociedade dos gastos públicos, podendo resultar na prestação de um serviço público de maior qualidade, passível de atingir os objetivos sociais constitucionais programáticos.

3.5 Os Números que Comprovam a Importância do Pregão Eletrônico para a Administração Pública e a Economia Resultante de sua Adoção.

Com base no relatório Estatísticas Gerais de Compras Governamentais 2014⁷, disponibilizado pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Administração, através do site <https://www.comprasgovernamentais.gov.br>, pode-se ver, com a exatidão dos números, que o pregão eletrônico é a modalidade licitatória de maior destaque, não só por ser a mais utilizada, como também por ser a responsável pelo maior volume financeiro das compras. Os dados que serão expostos neste tópico foram todos extraídos do aludido

⁷ MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO. **Estatísticas Gerais De Compras Governamentais**. Brasília, 2014. Disponível em <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/estatisticas/01-apresentacao-siasg-dados-gerais-2014.pdf>. Acesso em: 28 maio 2014.

relatório com o objetivo de comprovar esta tese, ressaltando-se que se analisam aqui tão-somente as compras efetuadas pela União.

O uso do pregão na forma eletrônica, desde que foi regulamentado pela Lei Nr 10.520 em 2002, se tornou habitual na Administração e mudou a rotina dos agentes públicos que operam as licitações públicas. O quadro a seguir representa a quantidade de processos de compra, do período compreendido entre 2008 e 2014, em que se evidencia a crescente utilização do pregão eletrônico.

Modalidade	Quantidade de processos						
	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Concorrência	771	1.319	934	1.086	1.314	1.062	721
Concorrência Internacional	50	44	105	51	40	40	48
Concurso	8	16	16	11	16	11	32
Convite	4.957	1.499	961	621	452	318	244
Dispensa de Licitação	246.635	235.566	211.029	186.301	169.875	158.765	134.628
Inexigibilidade de Licitação	14.048	15.838	16.677	19.742	23.783	24.759	26.338
Tomada de Preços	1.641	1.636	1.334	1.170	1.307	1.073	948
Pregão Presencial	1.297	1.083	657	334	268	184	158
Pregão Eletrônico	30.865	33.700	33.696	32.357	34.747	36.956	33.837
Total	300.272	290.701	265.409	241.673	231.802	223.168	196.954

Na leitura do relatório mostra que entre os meses de janeiro e dezembro de 2014, as compras do governo federal movimentaram R\$ 62,1 bilhões na aquisição de bens e serviços utilizando a cifra de 196,9 mil processos, levando-se em consideração todas as modalidades de contratação. O resultado aponta uma redução de 11% no número de processos de compra e de 19% no valor das compras públicas em relação a 2013.

Desse número total de processo utilizado a contratação direta (dispensa/inexigibilidade de licitação) respondeu por 81,7% dos processos de compras (160,9 mil), movimentando R\$ 21,4 bilhões (34,4 %) em aquisições. Por outro lado, foram realizadas 35,9 mil licitações (18,2 %), que empregaram R\$ 40,7 bilhões (65,5 %) para realização das referidas compras.

Modalidade	Valor das compra públicas, segundo o tipo de processo						
	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Concorrência	13.456.670.716,80	20.148.909.306,71	16.463.016.572,27	8.008.631.426,66	15.057.952.738,96	5.776.221.842,53	2.510.075.593,45
Concorrência Internacional	214.827.655,73	1.459.691.989,66	1.371.671.541,48	107.939.111,79	167.382.648,26	13.908.112,44	137.860.740,38
Concurso	546.943,35	1.594.752,68	3.951.770,83	1.132.191,29	3.066.040,10	3.772.299,68	18.344.111,88
Convite	239.519.848,77	101.388.785,28	65.529.821,71	41.298.084,29	26.614.847,57	16.638.637,70	11.365.632,50
Dispensa de Licitação	22.214.401.826,92	12.085.428.315,02	15.510.976.924,75	9.602.800.559,63	16.392.404.514,51	10.609.382.707,99	9.760.902.760,71
Inexigibilidade de Licitação	4.713.106.111,70	8.067.063.745,19	10.271.129.033,25	14.459.147.379,11	12.674.627.575,46	13.189.243.110,47	11.640.511.185,63
Pregão Eletrônico	31.231.343.559,10	30.509.445.965,54	38.067.296.304,83	30.951.594.593,43	39.951.669.006,50	46.026.210.766,39	37.087.967.660,63
Pregão Presencial	4.113.109.339,30	4.318.723.462,60	1.744.263.496,34	1.277.914.552,69	1.369.325.512,99	815.980.922,55	567.727.760,65
Tomada de Preços	1.094.512.910,19	964.458.648,60	740.342.634,66	581.376.795,58	602.210.211,91	443.583.287,42	370.733.085,37
TOTAL	77.278.038.911,85	77.656.704.971,29	84.238.178.100,13	65.031.834.694,46	86.245.253.096,25	76.894.941.687,16	62.105.488.531,20

Segundo esse relatório, no ano de 2014, o pregão eletrônico respondeu por 59,7 % das compras governamentais, com um gasto de R\$ 37,08 bilhões, sendo empregado em 33,8 mil processos (17,1 %). Se comparado apenas às modalidades licitatórias, essa forma de contratação foi responsável por 91,1 % dos gastos em aquisições, resultando numa economia para os cofres públicos da ordem de R\$ 7,9 bilhões (18 %). Em relação ao número de certames licitatórios, o pregão eletrônico respondeu por 94%.

Ressalta-se ainda que, na comparação entre os anos de 2013 e 2014, as licitações realizadas por meio do pregão eletrônico reduziram em 7 % em número de processos e 19 % em valores monetários.

De acordo com o mencionado, além de atualmente o pregão eletrônico ser o responsável pela maioria das licitações da União, se tornou também a modalidade de maior dispêndio financeiro. O quadro a seguir mostra essa evolução:

Ano	Quantidade de Pregões Eletrônicos	Valor dos Pregões Eletrônicos
2008	30.865	31.231.343.559,10
2009	33.700	30.509.445.965,54
2010	33.696	38.067.296.304,83
2011	32.357	30.951.594.593,43
2012	34.747	39.951.669.006,50
2013	36.956	46.026.210.766,39
2014	33.837	37.087.967.660,63

Nesse contexto, as informações apresentadas confirmam a importância da modalidade pregão nas contratações para a redução dos gastos públicos, além de proporcionar maior transparência, tendo em vista que todos os certames podem ser

acompanhados em tempo real no Portal de Compras do Governo Federal (www.comprasgovernamentais.gov.br).

Nesse cenário, as informações apresentadas ratificam a importância da modalidade pregão na forma eletrônica nas contratações para a redução dos gastos públicos, além de proporcionar maior transparência, tendo em vista que todos os certames podem ser acompanhados em tempo real no Portal de Compras do Governo Federal (<http://comprasgovernamentais.gov.br>).

Da posse dos números sobre o pregão eletrônico, o que mais impressiona não é a quantidade de pregoes nem os valores despendidos, e sim a economia resultante da sua utilização. O mesmo relatório "Estatísticas Gerais de Compras Governamentais 2014" mostra que, só no ano de 2014, a economia advinda do pregão eletrônico, ou seja, da possibilidade das licitantes renovarem os seus preços por meio da Internet, ultrapassou a fantástica marca de ordem de R\$ 9,1 bilhões.

Sabe-se que há uma economia efetiva com a utilização do pregão eletrônico, tanto é que algumas empresas privadas já estudam adotar mecanismo semelhante para efetuar suas compras.

4 DESAFIOS A SEREM SUPERADOS PARA TORNAR O PREGÃO ELETRÔNICO EFICAZ CONTRA A CORRUPÇÃO E EFETIVAMENTE TRANSPARENTE

4.1 Os Obstáculos (Jurídicos e Operacionais) do Sistema de Compras da Administração Pública Federal.

É fato que a modalidade de licitação pregão eletrônico trouxe muitas vantagens para as licitações realizadas pela Administração Pública Federal. Por essa razão é que se remete a reflexão: se na Administração Pública Federal há uma modalidade de licitação comprovadamente eficiente, revestida de confiabilidade pela própria lei, por que não utilizá-la para todos os tipos de contratação? Volta-se a indagar, qual o motivo de um mecanismo que tem permitido a todas as esferas administrativas contratar seus bens e serviços com maior celeridade, economia e transparência não poderem ser utilizadas para as aquelas contratações que mais necessitam de controle por parte da sociedade.

A grande questão é quanto à possibilidade de realização de pregão do tipo eletrônico para contratação de bem ou serviço em que o critério de julgamento relevante é a técnica, como acontece nas licitações do tipo melhor técnicas ou técnica e preço.

É fato que, se a modalidade pregão consiste simplesmente na redução do prazo mínimo para a apresentação das propostas de preços, bem como na inversão entre as fases de habilitação e julgamento da proposta, qual o prejuízo que teria a Administração Pública em analisar a documentação habilitatória após já tiverem sido ponderadas as propostas das empresas licitantes e ordenada a classificação das mesmas? Resultaria inclusive em uma sensível redução dos preços finais das licitações utilizadas desses tipos, haja vista a permissibilidade de redução dos lances das empresas licitantes no pregão em curso.

Pode-se argumentar ainda que o prazo de 08 (oito) dias é insuficiente para elaboração de uma proposta técnica eficiente. Falácia, uma vez que artigo 40, inciso V da Lei nº 10.520/2002 estabelece que o prazo para apresentação das propostas de 8 (oito) dias úteis e um prazo mínimo, podendo o administrador, no uso de seu poder discricionário, avaliando a complexidade da contratação, estabelecer outro prazo adequado.

Nesse diapasão, operacionalmente, é inteiramente possível a utilização da modalidade tipo pregão para as licitações do tipo melhor técnica e técnica e preço,

embora juridicamente vedado, e não havendo na doutrina quem aceite esta óbvia constatação.

Para tanto, a análise da técnica precederia a análise do preço, e somente após isso se analisaria a documentação habilitatória daquela empresa licitante melhor classificada nos critérios técnicos e de preços.

O temor da utilização do pregão para todo tipo de contratação é na verdade em razão da falta de qualidade dos bens adjudicados, segundo aqueles que defendem essa opinião. Ocorre que a péssima qualidade dos bens e serviços contratados por meio de pregão, especialmente pregão eletrônico, não está relacionada à modalidade de Licitação em si, isso será demonstrado no próximo item deste capítulo.

Parece impensável a possibilidade de se analisar uma proposta técnica por meio do pregão eletrônico, entretanto ressalta-se que essa possibilidade é relativamente permitida, bastando a Administração exigir amostras do bem a ser ofertado pelas empresas licitantes, antes da adjudicação da vencedora do certame licitatório. A dificuldade na realidade está nas contratações mais complexas, principalmente, nas polêmicas obras e serviços de engenharia, onde, por exemplo, seja necessária a visualização de uma maquete como amostra. Porém nesses casos, por prudência, por enquanto é melhor a utilização da modalidade pregão na forma presencial, mais sabendo que futuramente a interatividade proporcionada pelos meios tecnológicos será avançada de tal forma realística que todas as análises de natureza técnica possam se dar virtualmente, sem a necessidade da presença física das empresas licitantes e de suas propostas técnicas.

Ideal seria então a modificação da Legislação vigente, de modo a substituir por pregão presencial e eletrônico as modalidades previstas na Lei nº 8.666/93, quais seja concorrência, tomada de preços e convite, de modo a melhor coadunar as Licitações Públicas aos princípios que lhe são inerentes, tais como a isonomia, a moralidade, a publicidade, a competitividade, o julgamento objetivo das propostas e, principalmente, a eficiência em razão da celeridade e da economicidade proporcionada.

O pregão eletrônico também possui algumas particularidades que precisam ser melhoradas, a começar pela sua navegabilidade no site <http://www.comprasgovernamentais.gov.br/>. Se para um profissional atuante na área de Licitações já é complicado localizar alguma ata de Licitação, por exemplo, imagine para um indivíduo leigo. Inúmeros são os clicks que devem ser dados para se encontrar o que se procura, é fato, que essa navegabilidade tem que ser melhorada.

Destaca-se ainda que o instituto é eficiente, porém precisa ser melhorado no que se refere a deficiência da aplicação do princípio da recorribilidade em seu procedimento.

O princípio da recorribilidade nas licitações se refere à possibilidade de uma empresa licitante, se sentindo prejudicada com a decisão do pregoeiro acerca do resultado da fase habilitatória do pregão, ter o direito de poder recorrer da decisão do mesmo.

Ocorre que a documentação habilitatória que foi exigida e não contemplada no SICAF, bem como a planilha de custos formação de preços da empresa licitante primeira classificada não são disponibilizadas virtualmente, na rede mundial de computadores - internet para as demais empresas participante do certame. O artigo 25, parágrafos 20 e 30 do Decreto nº 5.450/2005 informa que tais documentos devem ser encaminhados por meio de fax, para agilizar a análise do pregoeiro, enquanto são remetidos os originais posteriormente. O ideal seria a possibilidade de envio dessa documentação pelo próprio sistema, assim todas as licitantes teriam como visualizá-la, analisá-la e impugna-la no caso de eventual irregularidade. Como poderão as demais licitantes impugnar a primeira classificada se não podem ver a documentação desta? As empresas licitantes devem então comparecer fisicamente ao Órgão promotor da licitação caso queiram promover as devidas diligências.

Isso é um inadmissível, contrário ao próprio espírito do pregão eletrônico que é de permitir a participação de quaisquer pessoas interessadas no certame, sem a necessidade da presença física no Órgão que promove a Licitação. Precisa de uma modificação no sistema eletrônico de modo a permitir o envio da documentação pelo sistema, que a situação ficaria mais célere e transparente.

O problema está na aplicabilidade do artigo 26 do Decreto nº 5.450/2005. Ora, se as licitantes não conhecem a documentação da primeira classificada, como podem motivar o seu recurso? Um erro grave que deve ser corrigido, de modo a garantir a prevalência dos princípios da isonomia e da competitividade, bem como do princípio processual da recorribilidade.

Tal situação traz outras consequências graves. As empresas licitantes que se sentirem inconformadas por ter seu recurso renegado pelo fato de apresentar primeiramente só suas intenções sem a devida motivação, uma vez que ainda não conhece a documentação habilitatória da primeira colocada, impetram, na maioria das vezes, mandado de segurança a fim de ter reconhecido o recurso. Entretanto o Poder

Judiciário vem decidindo estritamente de acordo com o dispositivo mencionado, não considerando a dificuldade imposta pelo sistema, sendo frustrada a tentativa das licitantes em socorrer-se da tutela jurisdicional para tanto. Assim, congestiona o Poder Judiciário de processos em que os litígios poderiam ser facilmente resolvidos na esfera administrativa, caso houvesse a modificação do sistema, prejudicando toda a coletividade que clama por maior celeridade das decisões judiciais.

Atrasada também é a previsibilidade de envio da documentação por meio de fax, mostrando que tal dispositivo regulamentador ficou parado no tempo, não é dinâmico e já nasceu com vida curta, pois não acompanhou os avanços tecnológicos. Em uma época que se fala em nanotecnologia, certificação digital e criptografada, dar confiabilidade a um documento encaminhado por fax é acreditar na ingenuidade das pessoas envolvidas no processo.

4.2 O Paradigma de que a Administração faz Contratos Ruins em Razão do Pregão Eletrônico: Relação Pregão Eletrônico X Qualidade dos Bens e Serviços Ofertados.

Ultimamente tem se falado que a ferramenta pregão eletrônico é um mal para a Administração Pública, sob o argumento de que alguns preços adjudicados nas Licitações são visivelmente inexequíveis, conseqüentemente as aquisições de bens e serviços são de baixa qualidade.

Realmente, verifica-se que existem inúmeros contratos celebrados pela Administração cujos preços são inexequíveis. Verdade também é que a Administração Pública vem adquirindo bens e serviços de péssima qualidade, o que reflete diretamente na sua atividade fim, que é a prestação de um serviço público de qualidade para a população. Entretanto, o que não se pode admitir é relacionar a falta de qualidade dos bens e serviços adjudicados à utilização do pregão eletrônico.

Aquelas pessoas que defendem essa relação são os que preferem as demais modalidades previstas na Lei nº 8.666/93, em que, conforme já exposto nesse trabalho, não proporcionam a transparência comparada ao pregão na forma eletrônica e em que há a constatação de que o preço final contratado pela Administração tem a tendência a ser superfaturado. Somente relacionarão o pregão eletrônico a baixa qualidade dos bens e serviços aquelas pessoas que não tem a vivência diária com o assunto e aqueles que

realmente têm interesse no superfaturamento dos contratos, por estarem se beneficiando com isso.

Convenha-nos que a modalidade de licitação pregão traz a possibilidade da redução dos preços das empresas licitantes, por meio da formulação de lances cada vez menores e isto não pode ser visto como um mal, muito pelo contrário. Mas é evidente que para tudo há um limite, e quando o pregoeiro, comparando as pesquisas prévias de mercado, verificar que os preços da empresa licitante primeira colocada forem visivelmente inexequíveis, deverá desclassificá-la, sem o menor receio. Isso evitará que posteriormente a empresa contratada venha, antes do período permitido, pleitear a recomposição do equilíbrio econômico e financeiro do Contrato sob o argumento de que não consegue arcar com a execução do mesmo em razão de seus valores. Não deve a Administração nem dar conhecimento a esse pleito, sendo responsabilidade da Contratada o preço lançado por ela na licitação, como bem assinala Marçal Justen Filho:

O restabelecimento da equação econômico-financeira depende da concretização de um evento posterior a formulação da proposta, identificável como causa do agravamento da posição do particular. Não basta a simples insuficiência da remuneração. Não se caracteriza rompimento do equilíbrio econômico-financeiro quando a proposta do particular era inexequível. A tutela a equação econômico-financeira não visa a que o particular formule proposta exageradamente baixa e, após vitorioso, pleiteie elevação da remuneração. (JUSTEN FILHO, 2010)

Uma vez aceito o preço dado pela empresa licitante na fase de apresentação das propostas, terá ela a obrigação de cumpri-lo atendendo todas as exigências e especificações constantes no Edital que ensejou sua contratação, sob pena de ser responsabilizada e penalizada na forma da Lei, podendo, inclusive, resultar na sua suspensão ou, nos casos mais graves, na declaração de inidoneidade e no impedimento de licitar com a Administração, nos termos do artigo 87, incisos III e IV da Lei Nr 8.666/93.

Deve a Administração, ao julgar as propostas de preços nas licitações, empreender o máximo de cuidado, a fim de evitar a adjudicação de proposta inexequível. Deve o pregoeiro estar atento ao previsto no artigo 44, parágrafo 30 da Lei nº 8.666/93, que veda a aceitação de proposta cujos valores globais ou unitários sejam simbólicos ou irrisórios. Então, na constatação de que algum componente da planilha de custos e formação de preços esteja nessas condições, deve o pregoeiro desclassificar aquela licitante.

Pode o pregoeiro orienta-se também pela orientação da atual Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02, de 30 de abril de 2008, que assim dispõe critério para declaração de inexequível a proposta.

Entretanto, antes de decidir pela desclassificação de uma empresa licitante baseada na referida Instrução Normativa, recomendável é que o pregoeiro consulte a área técnica demandante da contratação, pois esta, em tese, ela detém o conhecimento técnico sobre o mercado, tendo maiores condições de dizer se aquele preço é inexequível ou não. É certo, que deve sempre o pregoeiro buscar o apoio da área técnica demandante, seja para desclassificar, seja para classificar, desse modo, resguarda-se de cometer qualquer injustiça.

Terá o pregoeiro condições de constatar a exequibilidade de uma proposta, analisando os lances de todas as empresas licitantes. Assim se apenas a empresa licitante primeira colocada tiver ofertado preço bem inferior ao estimado para a contratação, há enorme chances daquele preço ser inexequível e é bem provável a qualidade daquele bem ou serviço será prejudicada.

Agora, caso um número considerável de empresas licitantes apresentem preços consideravelmente inferiores ao valor estimado para aquela licitação, obviamente aqueles preços não são inexequíveis. Neste último caso, ao certo, a Administração não deve ter estimado com precisão os custos daquela licitação, o que em regra, às vezes, acontece e é do conhecimento daqueles que acompanham os processos licitatórios.

Verifica-se que há inúmeros mecanismos para a Administração se resguardar de contratar com empresas licitantes que apresentem preços inexequíveis. E essas regras podem ser aplicadas a todas as modalidades, não só para a modalidade pregão. É possível que as empresas licitantes apresentem preços inexequíveis em qualquer modalidade, sendo tendencioso o argumento de que isto só ocorre no pregão. Pode ocorrer? Claro. Mas podem ser ignoradas essas propostas, como demonstrado.

Quando a empresa contratada cumpri rigorosamente as exigências previstas em Edital, quem terá o prejuízo com o preço inexequível é ela mesma, importando para a Administração somente a qualidade prestada conforme o exigido. Ou seja, a fim de garantir a qualidade das contratações, deve a Administração especificar com a maior precisão técnica possível o que se pretende contratar no Termo de Referência. Um Termo de Referência mal feito com certeza ensejara em uma contratação de bem ou serviço de péssima qualidade, independente da modalidade licitatória utilizada no

certame. Logo, não se pode dizer que a modalidade de pregão eletrônico é o responsável pela péssima qualidade dos bens e serviços contratados pela Administração.

A Administração, em regra, é estruturada por meio de organização antiquado, arcaico, tanto na administração dos seus recursos físicos, logísticos, quanto dos seus recursos humanos. Nesses aspectos, a Administração deveria se espelhar na iniciativa privada, posto que isto impactará na melhoria dos seus processos de contratações. Não que a Administração Pública não deva servir de exemplo em nada para a iniciativa privada. Entretanto, é analisando alguns aspectos que diferenciam o Público do Privado, que se pode chegar aos reais motivos que levam a Administração Pública a fazer contratações ineficientes, resultando na aquisição de serviços e bens de péssima qualidade.

Deveria a Administração Pública basear-se nas experiências produtivas do setor privado, a fim de modernizar-se e tornar as suas contratações verdadeiramente eficientes. A começar por mais investimento na qualificação técnica de seus agentes públicos. A profissionalização dos servidores envolvidos nos processos licitatórios e na execução dos Contratos Administrativos é fundamental para que os bens e serviços contratados tenham a qualidade almejada. Conjugada a qualificação, a oferta de salários aos servidores públicos compatíveis com as responsabilidades daqueles que lidam com as contratações públicas, isto para incentivar os grandes talentos a estarem do lado da Administração, e não do outro lado, da iniciativa privada. Notório é que, os profissionais mais bem qualificados estão do lado das empresas licitantes, na iniciativa privado, muitas vezes retirados da Administração seduzidos por grandes salários.

E qual o efeito da qualificação e da justa remuneração para os servidores envolvidos nas contratações e gestão dos contratos? Os efeitos são vários. A começar que o serviço público será mais profissionalizado, os processos administrativos de licitações serão melhores instruídos.

Com o início dessa profissionalização, os Termos de Referência serão melhores redigidos, conterão as especificações necessárias a fim de garantir a contratação de um bem ou serviço de qualidade. Por isso é de grande valia a qualificação daqueles que demandam as licitações dos bens ou serviços a serem licitados. Devem esses profissionais estar atualizados sobre as novidades do mercado e das legislações que regulam sua atividade. Geralmente os servidores que elaboram os Termos de Referências são os mesmos que ficam responsáveis por gerir aquela contratação. Assim,

dominar a técnica do assunto será fundamental para assegurar que o dinheiro público seja aplicado de uma forma eficiente.

Faz-se necessária também a qualificação e capacitação daqueles que conduzem o certame licitatório, que é o pregoeiro e sua equipe de apoio. Quando se fala em qualificação, não se trata apenas de formação em curso superior ou certificação em curso de habilitação de pregoeiro. Trata-se, na verdade, na habilitação em diversos ramos atinentes a sua função administrativa, não apenas no que se refere aos aspectos práticos e procedimentais do certame, mas também nas questões relativas a serviços gerais, engenharia e principalmente informática, haja vista o crescente número de contratos surgidos nesta área. Com isso terá assim o pregoeiro e sua equipe condições de fazer uma pesquisa estimativa de preço mais próxima da realidade e de analisar de forma mais técnica uma planilha de custos e formação de preços, detectando as falhas, apontando as incongruências que são sanáveis, tendo a capacidade de perceber se aquela proposta é exequível, podendo ou não ser aceita. A mesma qualificação deve receber os servidores públicos responsável pelas prorrogações dos contratos administrativos, pelas repactuações dos preços dos mesmos e pelas modificações qualitativas e quantitativas dos contratos administrativos.

O fato é que se o servidor público não estiver qualificado quanto a estes conteúdos, não só o pregoeiro, mas todos que lidam com a contratação, da elaboração do Termo de Referência até o fim do contrato, estará a Administração refém do setor privado, e, conseqüentemente, os serviços e bens contratados serão de má qualidade, impactando diretamente na qualidade da prestação direta do serviço público a população.

E quando aqui também se defende a oferta de melhores salários aos servidores compatíveis com a sua responsabilidade o que se pretende e, além de atrair os melhores profissionais para cuidar do dinheiro público, tornar, em tese, o servidor público incorruptível. Em tese porque ser corrompido e antiético vai da índole de cada um, mas também não se pode afirmar que é incompreensível o porquê da frequência indesejável dos casos de corrupção passiva que são noticiados todos os dias, pela imprensa.

Sem mencionar na burocracia exacerbada, existente em todas as esferas de poder, em que há casos onde o fornecedor espera por semanas ou meses para receber pela execução de um contrato, o que importa na oferta de preços superiores ao do mercado para compensar essa descapitalização.

Outro aspecto que pode ser citado onde influencia diretamente na eficiência das contratações públicas, quando visualizadas sob um plano global, é a forma em que se estrutura o Estado. Aqui se analisa a União, mas caberá também na comparação com os Estados, Distrito Federal e Municípios.

A União só no ano de 2014 realizou mais de 33 mil pregoes eletrônicos. Será que todas essas licitações tiveram objetos diferentes? Não poderiam os Órgãos se organizar, ou então existir um Órgão responsáveis por organizar, de forma que, ao invés de centenas ou milhares de licitações de um mesmo objeto, houvesse apenas uma licitação que atendesse a todos? Certamente medidas como essa acarretariam em uma economia considerável à Administração, além de proporcionar uma padronização dos serviços e bens adquiridos.

A economia certamente advirá de vários fatores. Primeiro economiza-se, obviamente, com pessoal, que é responsável pela maior parte dos custos das licitações. A centralização das compras reduziria significativamente a estrutura de pessoal envolvido nos certames licitatórios. Fatalmente economizar-se-ia também com os gastos com publicação de cada Edital e resultado de cada licitação, publicação de Contratos, etc.

Findaria a Administração Pública Federal realizando megalicitações e a consequência disso? Se ganha em preço final. É regra de mercado: comprar 100 mil, via de regra, sai muito mais em barato que comprar 1 mil. Compras de grande monta saem mais baratas que compras fracionadas.

Ou seja, deve a Administração Pública se espelhar nos modelos produtivos do setor privado. Como exemplo podemos verificar como a Fundação Bradesco, uma agencia bancária do Bradesco na cidade satélite de Taguatinga/DF possui os mesmos equipamentos e materiais de sua agenda no Camocim/CE. Há um departamento da empresa exclusivo para comprar os bens permanentes, como as máquinas e mobília, os bens de consumo, como canetas e envelopes de depósitos, e os serviços terceirizados, como a limpeza, a vigilância e o transporte de valores. Cada agenda gerencia os seus recursos, mas toda contratação e feita por um só departamento, que no caso do exemplo, fica em Osasco/SP.

A maioria das grandes empresas privadas se organiza assim, utilizando-se métodos modernos de administração, com ênfase na eficiência e no combate ao desperdício tendo como princípio a uniformidade dos padrões de qualidade de toda organização. As modernas teorias da administração tem como foco a qualidade total, em

outras palavras, a eficiência. Não há corporação que cresça sem buscar a eficiência, e assim deve também agir a Administração Pública.

Por fim, como já falado anteriormente, o pregão eletrônico é um instrumento capaz de tornar o procedimento licitatório mais eficiente, ressaltando que essa eficiência é relativa. Para os procedimentos licitatórios se tornarem verdadeira e inquestionavelmente eficientes, a adoção do pregão eletrônico deve estar conjugada aos pontos levantados neste tópico.

4.3 A Transparência como Fenômeno para a Participação dos Cidadãos no Controle dos Gastos Públicos e da Corrupção.

Recentemente, a imprensa noticiou que a Brasil se encontra na 69ª posição no ranking de corrupção⁸, a escala vai de 0 (extremamente corrupto) a 100 (muito transparente). O índice brasileiro ficou na casa dos 43, um ponto a mais que em 2013, que foi de 42, quando o país ficou em 72º lugar no universo de 177 países analisados. O Brasil melhorou sua posição, mas piorou sua nota. Nesse relatório a primeira posição foi ocupada pela Dinamarca (país menos corrupto) e a última posição foi ocupada pelos países Coreia do Norte e Somália (países mais corruptos).

E quando se fala em corrupção envolvendo as licitações públicas, verdade é que são muitos os casos descobertos pela Polícia Federal nos últimos tempos. Surgem então as preocupações: qual a origem de tanta corrupção e o que fazer para combatê-la?

O pregão eletrônico pode contribuir muito para a prevenção a corrupção envolvendo as licitações públicas. Isto por que com sua utilização reduzirá os casos de superfaturamento dos preços dos contratos - seja para desvios "puros" ou direcionados a contabilidade paralela de partidos políticos, posto que viabiliza as licitantes a possibilidade de reduzirem os seus preços, aumentando a competitividade. Tem como fundamento a transparência, haja vista que pode o cidadão, acompanhar as licitações pela Internet em qualquer lugar do mundo, ou seja, não há a necessidade da presença física do cidadão no local da licitação para acompanhá-la. A facilitação do acesso às licitações públicas pode trazer impactos positivos imensuráveis, uma vez que,

⁸ <http://g1.globo.com/economia/noticia/2014/12/ranking-de-corrupcao-coloca-brasil-em-69-lugar-entre-175-paises.html>. Acessado em 28 de maio de 2015.

comprovadamente, em países em que há a participação e o maior controle da sociedade, os casos de corrupção são menores.

Não se quer defender aqui a ideia de que o pregão eletrônico e a solução "final" e "única" para acabar com os casos de corrupção. Não é essa ferramenta em si que será capaz de acabar com a corrupção, por exemplo, acabar com os conchaves entre as empresas licitantes, a combinação de preços entre as mesmas, a invasão de hackers no sistema por mando das licitantes, etc. Contra essas ações nada pode fazer o pregão eletrônico, sendo essa tarefa para o poder policial do Estado. O que se defende aqui é a criação de mecanismos capazes de dar ao Estado maior transparência em sua gestão, o que é fundamental para a moralização dos gastos públicos. E o pregão é, incontestavelmente, uma ferramenta capaz de mais transparência, como dito, a modalidade mais transparente, pela sua natureza. Em suma, a adoção do pregão pode dificultar os atos de corrupção, sendo às vezes suficientes, tais obstáculos, a ação deletéria dos marginais do colarinho branco no Erário Público de custeio.

Curiosamente, paralelo ao ranking de corrupção elaborado pela Transparência Internacional, há tempos atrás o Mestre em Administração de Empresas pela Universidade de Harvard nos Estados Unidos, Stephen Kanitz, escreveu artigo para a Revista Veja em que cita a falta de controle dos atos públicos como a causa da corrupção. Segundo ele os mecanismos de controle são frágeis devido ao baixo número de auditores:

O Brasil não é um país intrinsecamente corrupto. Não existe nos genes brasileiros nada que nos predisponha à corrupção, algo herdado, por exemplo, de desterrados portugueses. A Austrália, que foi colônia penal do império britânico, não possui índices de corrupção superiores aos de outras nações, pelo contrário. Nós brasileiros não somos nem mais nem menos corruptos que os japoneses, que a cada par de anos têm um ministro que renuncia diante de denúncias de corrupção. Somos, sim, um país onde a corrupção, pública e privada, é detectada somente quando chega a milhões de dólares e porque um irmão, um genro, um jornalista ou alguém botou a boca no trombone, não por um processo sistemático de auditoria. As nações com menor Índice de corrupção são as que têm o maior número de auditores e fiscais formados e treinados. A Dinamarca e a Holanda possuem 100 auditores por 100.000 habitantes. Nos países efetivamente auditados, a corrupção é detectada no nascedouro ou quando ainda é pequena. O Brasil, país com um dos mais elevados índices de corrupção, segundo o World Economic Forum, tem somente oito auditores por 100.000 habitantes, 12.800 auditores no total. Se quisermos Os mesmos níveis de lisura da Dinamarca e da Holanda precisaremos formar e treinar 160.000 auditores. Simples. Uma das maiores universidades do Brasil possui hoje 62 professores de Economia, mas só um de auditoria. Um único professor para formar os milhares de fiscais, auditores internos, auditores externos, conselheiros de tribunais de

contas, fiscais do Banco Central, fiscais da CVM e analistas de controles internos que o Brasil precisa para combater a corrupção.⁹

Verifica-se que a relação transparência/controlado vs. corrupção é direta. Quanto mais transparente, quanto maior o controle, menor a corrupção. E diante da defasagem de auditores para controlar as contas públicas e diante do anseio de toda sociedade pela responsabilidade dos administradores na execução do dinheiro público, constata-se que a melhor e mais imediata solução é promover e estimular a participação da própria sociedade no controle dos gastos públicos.

Ser cidadão não é simplesmente exercer o seu pleno direito de votar e ser votado. Ser cidadão é participar efetivamente das ações governamentais, seja cobrando resultados, seja acompanhando os trabalhos que dizem respeito à sociedade. O pregão eletrônico tem o condão de tornar os procedimentos de compras transparentes, propiciando ao cidadão a possibilidade de acompanhar as licitações públicas. Estimulá-lo, ampliá-lo e melhorá-lo devem ser metas dos agentes políticos e uma reivindicação de toda sociedade.

Popularizando-se a modalidade de pregão na forma eletrônico está se possibilitando o maior controle das compras e dos gastos públicos por meio de uma população de mais de 180 milhões de pessoas, ou seja, serão novos milhões de potenciais auditores contribuindo com o controle dos atos administrativos, materializando-se de forma efetiva o espírito da cidadania.

⁹ <http://alexandrebossi.blogspot.com.br/2007/02/para-kanitz-o-problema-falta-de.html>. Acessado em 1º de junho de 2015.

5 CONCLUSÃO

Como foi observado, o advento do pregão eletrônico trouxe enormes vantagens para a Administração Pública. Pode-se dizer, inclusive, que as vantagens são superiores aos obstáculos e deficiências de sua dinâmica. Com base nas experiências advindas do recente histórico de sua utilização, é que se conclui pela defesa da ampliação da sua aplicabilidade.

A comprovada redução dos custos operacionais e a celeridade advinda da simplificação do procedimento resultam na diminuição considerável dos preços finais contratados pela Administração Pública. Com a economia das despesas de custeio da máquina burocrática estatal, será possível o redimensionamento da verba economizada para as áreas sociais que necessitam por maiores investimentos, tais como educação, saúde e segurança. Nessa ótica, tais benefícios poderão ser sentidos pela população a curto e médio prazo.

A mais significativa vantagem do pregão eletrônico é a transparência de seus procedimentos, realizados através da rede mundial de computadores, a Internet. Possibilitar ao cidadão o acompanhamento dos atos governamentais é uma forma de tornar o controle mais efetivo por parte da sociedade, o que reduzirá significativamente os casos de corrupção envolvendo as Licitações Públicas. Como dito, ser cidadão é mais do que de participar de sufrágios; ser cidadão é participar efetivamente das decisões governamentais e de toda sociedade, contribuindo para a melhoria da coletividade geral.

Depois do direito de participar de sufrágio universal, o pregão eletrônico é, nos tempos modernos, o instituto que mais favorece o exercício da cidadania, posto que com um baixo custo - apenas o custo do acesso a Internet - é possível acompanhar e fiscalizar de forma efetiva as compras governamentais, ou seja, tem o cidadão a possibilidade de saber, de maneira prática e rápida, se os seus tributos pagos estão sendo bem aplicados ou não, por aqueles que elegeram para representá-lo. Deve ser incentivada a participação popular e disseminado os benefícios do pregão eletrônico. Toda sociedade só terá o que ganhar com essas medidas.

Não que o pregão eletrônico, frisa-se novamente, seja a única solução para prevenir a corrupção. Pelo contrário, muito ainda há que ser pensado e executado pelos gestores públicos a fim de diminuir e, posteriormente, acabar com os casos de corrupção em licitações públicas, muito noticiados nos últimos tempos pela mídia. Cabe a Polícia,

desde que aparelhada, o combate à corrupção não detectada tão somente pelo acompanhamento dos pregoes eletrônicos pelo cidadão comum.

Entretanto, não se pode negar que o pregão eletrônico é sim uma ferramenta capaz de tornar os procedimentos licitatórios mais transparentes, e que a criação de mecanismos que ensejam o maior controle sobre os agentes públicos, é fundamental para a prevenção e o combate a corrupção.

Por essas constatações é que se defende a ampliação da abrangência do pregão eletrônico para as contratações públicas. Logo, cumprindo ao que se propôs de início, não se pretendeu aqui o esgotamento do assunto, tendo em vista a polêmica que o tema levanta por aqueles que defendem a ideia de que a ampliação resultará na contratação de bens e serviços de péssima qualidade. Aqueles que criticam o instituto devem considerar que os motivos que levam a Administração a contratar bens e serviços de baixa qualidade são de natureza estrutural, e não de responsabilidade do pregão eletrônico.

A proposta aqui defendida é a reflexão sobre as licitações públicas realizadas no Brasil, da maneira em que as modalidades tradicionais são operadas atualmente, comparando aos resultados da utilização do pregão eletrônico, onde se pode constatar que, inegavelmente, a nova modalidade trouxe e ainda pode trazer muitos benefícios.

O pregão eletrônico é, portanto, uma conquista do Estado Democrático de Direito, que enseja transparência, que resulta na economia dos gastos públicos e na efetivação da cidadania, colaborando diretamente com a prevenção da corrupção. É necessária a valorização deste instrumento e do título honroso de cidadão, posto que só através da efetiva participação de todos, é possível se atingir uma melhor qualidade de vida humana.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 8 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 de maio de 2015.

_____. **Decreto no 3.555**, de 8 de agosto de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3555.htm>. Acesso em: 03 de maio de 2015.

_____. **Decreto no 4.536**, de 28 de janeiro de 1922. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DPL/DPL4536.htm>. Acesso em: 03 de maio de 2015.

_____. **Decreto nº 5.504**, de 05 de agosto de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Decreto/D5504.htm>. Acesso em: 03 de maio de 2015.

_____. **Decreto nº 6.370**, de 1º de fevereiro de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6370.htm>. Acesso em: 03 de maio de 2015.

_____. **Decreto nº 93.872**, de 23 de dezembro de 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d93872.htm>. Acesso em: 03 de maio de 2015.

_____. **Decreto nº 5.450**, de 31 de maio de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm>. Acesso em: 03 de maio de 2015.

_____. **Decreto nº 7.174**, de 12 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7174.htm>. Acesso em: 03 de maio de 2015.

_____. **Decreto Nr 2.926**, de 14 de maio de 1862. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2926-14-maio-1862-555553-publicacaooriginal-74857-pe.html>>. Acesso em: 03 de maio de 2015.

_____. **Decreto Nr 4.536**, de 28 de janeiro de 1922. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DPL/DPL4536.htm>. Acesso em: 03 de maio de 2015.

_____. **Decreto nº 7.892**, de 22 de janeiro de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Decreto/D7892.htm>. Acesso em: 03 de maio de 2015.

_____. **Decreto nº 6.204**, de 22 de janeiro de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6204.htm>. Acesso em: 03 de maio de 2015.

_____. **Lei Complementar nº 101**, de 04 de maio de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2015.

_____. **Lei Complementar nº 123**, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2015.

_____. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 09 de maio de 2008.

_____. **Lei nº 9.637**, de 15 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9637.htm>. Acesso em: 12 de maio de 2015.

_____. **Lei nº 10.520**, de 17 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm>. Acesso em: 12 de maio de 2015.

_____. **Lei nº 12.349**, de 15 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12349.htm>. Acesso em: 12 de maio de 2015.

_____. **Lei Nr 9.472**, de 16 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm>. Acesso em: 12 de maio de 2015.

_____. **Lei Nr 4.320**, de 17 de março de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L4320.htm>. Acesso em: 12 de maio de 2015.

BRASIL. **Lei Nr 8.248**, de 23 de outubro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8248.htm>. Acesso em: 12 de maio de 2015.

_____. **Lei Nr 11.419**, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm>. Acesso em: 12 de maio de 2015.

_____. Ministério do Planejamento. Secretaria de Logística e Tecnologia da informação. **Instrução Normativa nº 02**, de 30 de abril de 2008. Disponível em: <<http://www.governoeletronico.gov.br/biblioteca/arquivos/instrucao-normativa-no-02-2008-e-suas-atualizacoes-ate-a-in06-2012/view>>. Acesso em: 12 de maio de 2015.

_____. Tribunal de Contas da União. Representação. **Acórdão nº 62/2007** - Plenário. Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial/Departamento Regional do Distrito Federal - Senai/DF e Empresa Vereli Engenharia Ltda. Relator: Marcos Bemquerer. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 02 fev. 2007.

_____. Tribunal de Contas da União. **Licitações e Contratos: orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União**. 4. Ed. Ver., atual. E ampl. – Brasília: TCU, Secretária-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico**. 3. ed. Belo Horizonte: Forum, 2008.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 150.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

_____, Marçal. **Pregão: comentários a Legislação do pregão comum e eletrônico**. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

KANITZ, Stephen. **A Origem da Corrupção**. Revista Veja. 1600 ed., ano 32, nº 22, de 2 de junho de 1999. São Paulo: 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 5. ed. Curitiba: Zênite,

BITTENCOURT, Sidney. **Pregão Eletrônico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Temas & Ideias, 2005, p. 64-65.

PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. **Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.