



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

PEDRO ACÁCIO LUCIANO DE OLIVEIRA

**PREGÕES ELETRÔNICOS : SUAS APLICAÇÕES, VANTAGENS E
TEMAS POLÊMICOS**

Brasília

2016

Pedro Acácio Luciano de Oliveira

Matrícula: 10/0118844

**PREGÕES ELETRÔNICOS : SUAS APLICAÇÕES, VANTAGENS E
TEMAS POLÊMICOS**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade
de Brasília (UnB) como requisito para obtenção do título de
Bacharel em Direito

Orientador: Prof. Dr. Antônio de Moura Borges

Brasília

2016

Pedro Acácio Luciano de Oliveira

PREGÕES ELETRÔNICOS : SUAS APLICAÇÕES, VANTAGENS E TEMAS POLÊMICOS

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Brasília, de de 2016.

Banca Examinadora

Professor Orientador: Dr. 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 pela Georgetown University Law Center- Washington, DC, Estados Unidos da América e pela Universidad Complutense de Madrid.

Membro da Banca: Daniel Miranda Barros Moreira, Graduado em Direito pela Universidade de Brasília, Pós Graduando na Fundação escola superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Servidor do TCU e atualmente assessor do Min. Benjamin Zymler.

Membro da Banca: Karlo Eric Galvão Dantas, Analista Legislativo da Câmara dos Deputados e advogado inscrito na OAB/DF. Bacharel em Direito, mestre em economia do setor Público, engenheiro mecânico, todos pela Universidade de Brasília. Especialista em Orçamento Público pelo Instituto Serzedello Corrêa do Tribunal de Contas da União.

À minha avó Maria de Lourdes (*in memoriam*), que se foi, deixando, além de uma enorme saudade, ensinamentos sobre humildade e amor ao próximo.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus por me possibilitar viver para buscar tal conquista.

Aos meus familiares e amigos que de modo direto ou não contribuíram para a confecção desse trabalho.

A minha namorada Cristiane, pelo apoio e paciência de sempre

Ao meu orientador, Prof. Dr. Moura Borges, pela receptividade e atenção dispensadas. Aos Senhores Karlo Dantas e Daniel Moreira, os quais gentilmente aceitaram meu convite para participarem como membros da banca examinadora e por suas valiosas contribuições e sugestões.

RESUMO

A presente monografia trata de licitações públicas e de seus princípios a serem observados e garantidos, mais precisamente da modalidade denominada pregão eletrônico. Dessa forma, são analisados seus aspectos principiológicos e procedimentais frente às demais modalidades de certames, proporcionando uma análise e constatação de suas vantagens comparativas. No entanto, o tema também dá ensejo a ambientes de discussões e análises, de modo que também apontamos aspectos polêmicos intrínsecos à modalidade eletrônica, possibilitando um levante de opiniões e argumentações, proporcionando uma reflexão sobre o instituto.

Palavras chave: Licitações Públicas. Princípios. Pregão eletrônico. Vantagens e temas polêmicos .

ABSTRACT

The present monograph deals with public tender and its principles to be observed and guaranteed, more precisely the so-called electronic trading mode. Thus, was analyzed its principles and procedural aspects in comparison with the other event modalities, providing an analysis and finding their comparative advantages. However, the topic also gives the opportunity of discussions and analysis environments, so that also the electronic mode points intrinsic polemic aspects, providing a reflection on the institute.

Key words: Public tenders. Principles. Electronic tender. Advantages and polemic themes.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. LICITAÇÕES PÚBLICAS	11
2.1 Conceito e Finalidade	11
2.2 Disciplina legal	13
2.3 Princípios.....	14
2.3.1 Princípios da Administração Pública.....	14
2.3.2 Vinculação ao Instrumento convocatório	16
2.3.3 Julgamento objetivo das propostas	16
2.3.4 Competitividade	17
2.3.5 Razoabilidade e proporcionalidade.....	17
2.4 Tipos de Licitação	18
2.5 Modalidades de licitação	20
2.6 Procedimento da licitação – lei 8.666/1993	23
3. O PREGÃO COMO MODALIDADE	28
3.1 Conceito e características	28
3.2 Pregão e suas fases.....	30
3.3 Pregão presencial e pregão eletrônico.....	36
3.4 Pregão eletrônico e seu procedimento peculiar.....	37
3.4.1 vantagens do pregão em sua forma eletrônica.....	39
4. TEMAS POLÊMICOS RELACIONADOS À MODALIDADE ELETRÔNICA	42
4.1 O uso de softwares “ robôs” nos pregões eletrônicos.....	42
4.1.1 Jurisprudência e os softwares “robôs”	43
4.2 Frustração da Concorrência por combinação entre as empresas	47
4.3 O prévio cadastro no SICAF e a competitividade.....	48
4.3.1 Aspectos próprios do pregão eletrônico frente ao SICAF	50
4.4 Alegação de baixa qualidade dos objetos contratados por pregões eletrônicos.....	52
5. Conclusão.....	55
6. Referências Bibliográficas.....	57

1. Introdução

O instituto denominado Licitação Pública por si só já configura um princípio da Administração Pública atual. Embora se saiba que desde a antiguidade já se tem indícios de tais atividades buscando coibir a arbitrariedade dos administradores nas contratações governamentais, os certames licitatórios vem ao encontro do cenário atual de um moderno Estado Democrático de Direito como um instrumento fundamental da preservação e consolidação do princípio da igualdade de todos perante a lei.

Sobre a importância das licitações no setor público, nos últimos anos tem sido crescente o acompanhamento pela sociedade, a qual exigiu do Estado uma posição cada vez mais criteriosa nos gastos públicos, na aquisição de bens e serviços de terceiros. Para garantir e resguardar seus próprios atos, o Estado criou então mecanismos que possibilitaram ao gestor a aplicação mais eficiente do dinheiro público, através do instituto das licitações. De modo que os princípios expressos na Constituição Federal atinentes à Administração Pública, como a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, e outros que serão explorados ao longo do trabalho, sejam aplicados e concretizados.

Em virtude da complexidade cada vez maior do Estado Contemporâneo, com o incremento tecnológico e as necessidades sempre maiores da esfera estatal, as Licitações Públicas foram cada vez mais exigidas, o que proporcionou seu desenvolvimento e aprimoramento tendo em vista as necessidades governamentais de economia e eficiência.

Dessa maneira, este trabalho busca discorrer de forma breve, e apresentar, em primeira análise, um panorama basilar das modalidades licitatórias e adentrar no que é uma modalidade recente na dinâmica esfera administrativa: o pregão, mais precisamente o eletrônico.

O pregão caracteriza-se, em seu procedimento, na inversão da ordem da apresentação das propostas de preços e da documentação habilitatória, o que torna o procedimento mais célere e possibilita, ao contrário das demais modalidades, a oportunidade de reduzirem seus preços, o que certamente gera enorme economia ao Erário.

Com o intenso desenvolvimento tecnológico nas últimas décadas propiciando uma melhor troca de informações e produtos, bem como a presença cada vez maior da

Internet no modo de vida social, o Estado também se tornou mais informatizado e buscou ser mais ágil, e nesse meio, surge uma nova espécie do gênero Pregão nos processos de compras realizados pela Administração Pública: o Pregão eletrônico.

A forma eletrônica inovou, posto que quase todo o procedimento licitatório é realizado por meio da *Internet*, sem a necessidade da presença física dos representantes das empresas licitantes, conseqüentemente ampliando o número de concorrentes e gerando maior competitividade nos certames.

No entanto, adentrando nesse meio cibernético, sempre ativo na busca por inovações, o Direito Administrativo logicamente se depararia com questões as quais não se poderiam prever. Dessa maneira, o pregão eletrônico, embora apresente mais vantagens do que malefícios, é vítima de polêmicas em alguns de seus temas.

Ante o exposto, o presente trabalho, longe de exaurir o tema referente a tais questões, apresenta a base principiológica do pregão eletrônico, suas indiscutíveis vantagens, e de forma breve, com o intuito de proporcionar uma reflexão sobre o tema, numera alguns de seus temas volta e meia discutidos.

2. Licitações Públicas

2.1 Conceito e finalidade

A palavra licitação deriva do termo proveniente do latim “*Licitazione*” que significa “arrematar em leilão”. Reza a lenda de que a licitação teve origem na Europa durante a idade média onde já se praticava a disputa de preços através de uma modalidade bem curiosa. Naquela época instituiu-se o sistema chamado “Vela e Pregão” que nada mais era do que apregoar uma obra enquanto queimava-se uma vela. No momento em que a vela se apagava, a obra era entregue a cargo do construtor que tivesse oferecido o menor preço ao Estado.

De tal ilustração, mesmo primitiva, podemos constatar que a administração ao depender de serviços de terceiros, não pode simplesmente contratar de forma arbitrária. Ela é gestora dos interesses coletivos, portanto, deve em seus atos agir de modo a realizar o melhor para si, e em consequência, para toda a sociedade. Deixar o ato de contratar nas mãos do administrador, sem critérios objetivos para escolha, resultaria em acordos inescrupulosos, parcerias com cunho privado e em prejuízo para a Administração.

Nesse sentido há a definição do tema por Mazza (2012), em que licitação seria um procedimento obrigatório que antecede a celebração de contratos pela Administração Pública. A razão de existir dessa exigência, segundo ele, reside no fato de que o Poder Público não pode escolher livremente um fornecedor qualquer, como fazem as empresas privadas. Os imperativos da isonomia, impessoalidade, moralidade e indisponibilidade do interesse público, que informam a atuação da Administração, obrigam à realização de um processo público para seleção imparcial da melhor proposta, garantindo iguais condições a todos que queiram concorrer para a celebração do contrato.

A definição de Carvalho Filho (2015, p. 240) para o instituto licitação é:

(...) um 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, artístico ou científico.

Talvez a definição que melhor compreenda o significado dessa relação entre o público e o privado do tema seja de Di Pietro (2001, p. 350), que expressa a licitação como sendo:

(...) 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.

Destaca-se em tal definição a “proposta mais conveniente”, a qual não pode ser confundida como a mais barata. Como veremos mais adiante, não é simplesmente o menor valor que faz da proposta a mais vantajosa para a administração pública. Por um lado temos a última que realizará o negócio que melhor lhe convir, e no outro pólo temos os interessados, que possuindo condições legais para a contratação, buscarão por meio de um julgamento objetivo e acima de tudo isonômico, a possibilidade de realização do negócio.

A lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, em seu artigo 3º, *caput*, traz de forma sintética e clara os objetivos do instituto licitação:

Art. 3º. 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.

No Brasil o processo licitatório sofreu várias transformações, tendo início com o Decreto nº 2.926/1862, que regulamentava as compras e alienações, que fora complementado com outras diversas leis, se estruturando dentro do âmbito federal com o Decreto nº 4.536/1922, tendo sua sistematização com o Decreto-Lei nº 200/1967 que estabeleceu a reforma administrativa no âmbito federal, sendo estendida à administração estadual e municipal através da Lei nº 545/1968. Todo este processo de estruturação da Licitação na legislação ainda possuía muitas lacunas, pois dava margem a várias interpretações, resquícios de uma administração centralizadora e burocrática, que até certo momento fora viável. Através do processo de democratização, buscou uma nova maneira de governar, neste ínterim, o processo licitatório ganhou notoriedade por meio do Decreto-Lei nº 2.300/86, sendo atualizada em 1987, com os Decretos-lei nº 2.348

e 2.360, que pela primeira vez se instituiu o Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, reunindo normas gerais e específicas relacionada à matéria licitação.

Com o advento da carta Magna de 1988, instituiu-se em seu art. 22, XXVII, ser da competência privativa da União federal legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas, e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e municípios (...)”, mais ainda, ampliou tal competência em relação às Empresas públicas e Sociedades de economia mista, conforme redação dada pela EC nº 19/1998.

Além de tal disposição, a Constituição também previu o princípio da *obrigatoriedade de licitação* em seu artigo 37, XXI, o qual registra que, fora dos casos previstos em lei, “as obras, serviços, compras e alienações serão contratadas mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”. Sendo assim, não pode a Administração Pública abdicar do certame antes da celebração de seus contratos, salvo em situações excepcionais definidas em lei. Um exemplo ilustrativo da dispensa, de acordo com o inciso XIII, do art. 24 da lei 8.666, de 21 de junho de 1993, é a contratação pela Administração pública de instituição incumbida de pesquisa para dar apoio a projeto de ensino, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico, com inquestionável reputação ético-profissional, desde que preste tais serviços com elevado grau de competência e excelência e que não possua fins lucrativos e pratique preços compatíveis com os serviços a serem prestados e com a realidade de mercado.

2.2 Disciplina legal

Além do posicionamento Constitucional, configurando a competência para legislar sobre licitações como sendo privativa da União, a qual estabelece normas gerais sobre o tema, não excluindo a competência suplementar dos estados, Distrito federal e Municípios, como disciplina o Art. 22, XXVII da Carta magna, a lei que regula as licitações é a Lei nº 8.666, de 21.06.1993 - o Estatuto dos Contratos e Licitações. Mesmo sofrendo algumas alterações posteriores, ainda é a lei básica sobre a matéria.

Além da norma citada, foi editada a Lei nº 10.520 de 17.07.2002, que passou a regular uma nova modalidade de licitação, o *pregão*, o qual é o objeto do presente trabalho. Sendo assim, a lei 8.666/93 possui caráter especial diante do estatuto, desse

modo, este incide sobre a nova modalidade licitatória, no que couber, apenas com caráter supletivo em relação ao novo diploma (CARVALHO FILHO, 2015).

Por fim, além das normas explicitadas, há outras de caráter específico que merecem ser citadas, como a Lei nº 8.248, de 23.10.1991, que dispõe sobre aquisições de bens e serviços de informática, a Lei nº 12.232, de 29.04.2010, que institui as normas gerais para contratação de serviços de publicidade por agências de propaganda, a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011 que criou o RDC (Regime Diferenciado de Contratação) e ainda a LC nº 123, de 14.12.2006, que instituiu o Estatuto Nacional das micro e pequenas empresas, onde foram inseridas normas que proporcionam tratamentos diferenciados a tais entidades.

2.3. Princípios

Princípios são guias, formas de orientação, normas providas de alto grau de generalidade e indeterminação, numa posição elevada de hierarquia, atuando como vetor para todo o sistema jurídico, segundo Teresa Negreiros (1998). A Licitação como um instituto usado cotidianamente no setor público, por si só já configura um princípio na Administração Pública para com seu dever de zelo ao bem-estar coletivo. No entanto, a mesma possui também alicerces principiológicos necessários ao seu correto procedimento.

O Estatuto de licitações, já citado, define em seu artigo 3º os fundamentos norteadores dos procedimentos, citando os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo das propostas. No entanto, tais princípios não são de maneira alguma taxativos, devendo os certames licitatórios atentarem para o crivo dos demais procedimentos intrínsecos a todo universo administrativo. Por escolha, citaremos e trabalharemos os princípios gerais da administração pública e conseguinte os princípios mais próprios dos certames.

2.3.1 Princípios da administração pública

O Capítulo VII do Título III da Constituição Federal foi dedicado à Administração Pública, e, em seu Artigo 37, estão registrados os princípios a serem

observados por todas as pessoas administrativas. São os princípios denominados *expressos*, exatamente pela menção constitucional, segundo Carvalho Filho (2015).

O primeiro deles, o Princípio da *legalidade*, remete que o Estado deve se submeter às leis que edita. Não pode o administrador se valer da arbitrariedade e da vontade pessoal para gerir atos. Suas ações devem se pautar na lei. O que tem como origem a criação do próprio *Estado de Direito*. No campo licitatório, o administrador, o pregoeiro e demais agentes responsáveis pelo andamento dos procedimentos, devem cumprir os desígnios da lei no que diz respeito à habilitação de candidatos, à dispensa de licitação somente nos casos previstos em normas, na escolha da modalidade correta, dentre outras ações.

Os *Princípios da Moralidade e da Impessoalidade* possuem relação íntima entre si, principalmente quando o tema se refere a certames licitatórios. O dever de impessoalidade, como a própria semântica do nome sugere, significa que o administrador não pode favorecer um licitante, por exemplo, confeccionando um edital que favoreça um particular em detrimento de outro, sem um critério objetivo de discriminação. Tal atitude, substancialmente também feriria o princípio da moralidade, o qual exige que o administrador deva agir conforme preceitos éticos.

O Princípio da *Igualdade* implica que a administração deve dispensar tratamento isonômico aos administrados e proporcionar igualdade de condições a todos os concorrentes, não podendo oferecer vantagens a algum que não se possa destinar aos demais. Tal princípio guarda íntima relação com o da impessoalidade, portanto.

O princípio da igualdade constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que esta visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar. Esse princípio, que hoje está expresso no artigo 37, XXI, da Constituição, veda o estabelecimento de condições que impliquem preferência em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais (DI PIETRO, 2002, p.302).

A Lei 8.666/93, em seu art. 3º, §1º, incisos I e II, registra o princípio da isonomia, estabelecendo que é vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;

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

O princípio da *publicidade* se refere à divulgação e transparência dos atos da Administração, os quais não podem ocorrer de modo oculto, o que implicaria e facilitaria o desrespeito aos demais princípios, já que não haveria informações capazes de propiciar o conhecimento dos fatos. Este princípio informa que a licitação deve ser divulgada amplamente ao maior número possível de pessoas, pois “quanto maior for a quantidade de pessoas que tiverem conhecimento da licitação, mais eficiente será a forma de seleção, e, por conseguinte, mais vantajosa poderá ser a proposta vencedora.” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 250).

No procedimento licitatório, por outro lado, para que ocorra uma efetiva isonomia dos licitantes e não ocorra um favorecimento de determinado licitante, antes do início da fase de julgamento das propostas, há um sigilo do conteúdo das mesmas, e é a única exceção ao princípio da publicidade. Posteriormente a tal ocasião, a fase de julgamento deve ser transparente, para que ocorra um efetivo acompanhamento e propicie recursos referentes à habilitação, por exemplo. Em seguida citaremos alguns alicerces mais intrínsecos aos certames tratados no trabalho.

2.3.2 Vinculação ao instrumento convocatório

O Instrumento convocatório, normalmente o edital, deve conter as regras a serem observadas por todos. Nele devem constar os critérios de julgamento e o objeto ao qual pretende a administração. Evita ferir demais princípios como a impessoalidade, moralidade e também a probidade administrativa.

(...) a vinculação ao edital é princípio básico de toda licitação. Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado. O edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu (art. 41) (MEIRELLES, 1998, p.239).

O Artigo 48, I, da lei 8.666 de 1993, registra que serão desclassificadas “as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório”. Caso o instrumento de convocação tenha determinada falha, é possível que o mesmo venha a ser corrigido em

momento oportuno, citando o Estatuto, em seu artigo 41, § 1º, a forma pela qual deve o interessado impugnar tal instrumento.

2.3.3 Julgamento objetivo das propostas

O Princípio do Julgamento Objetivo origina-se do princípio da legalidade, impessoalidade e do princípio de vinculação ao instrumento convocatório, tendo em vista que o agente público em processo licitatório deverá julgar conforme os parâmetros estabelecidos em edital, pois está vinculado a ele e, obviamente, deverá atender aos seus ditames, ou seja, objetivamente.

Em quaisquer atos licitatórios as escolhas jamais podem ser ditadas por gosto pessoal ou subjetividade. Incide a objetividade até mesmo em caso de empate, pois o Art. 45, § 2º do Estatuto prevê o sorteio em tal caso (CARVALHO FILHO, 2015).

2.3.4 Competitividade

O princípio da competitividade vai além da ampla publicidade do certame com o intuito de propiciar uma gama maior de licitantes e conseguinte um melhor negócio para a administração. Traz em mente também uma correlação com os demais princípios, como a isonomia ou igualdade, tendo como intuito vedar ao administrador impor exigências desnecessárias ou inúteis no instrumento convocatório, por exemplo, acarretando uma desigualdade de condições e prejudicando a competitividade (Marinela, 2015, pg 540).

Exigências técnicas previstas no edital, como atestados de capacitação, qualificação econômica e financeira, são decorrentes e não ferem tal princípio. Servem para garantir à administração a confirmação de estar realizando um bom negócio com um particular que possua competência para de fato arcar com as exigências e objetivos do certame, desse modo, não ferindo a competitividade tendo em vista tal necessidade de comprovação para uma efetiva habilitação.

2.3.5 Razoabilidade e proporcionalidade

Pelo princípio da razoabilidade, a Administração, no uso da discricionariedade, deverá obedecer a critérios aceitáveis na prática de seus atos. A respeito dessa liberalidade do administrador público, assim expressa o prof. Celso Antônio Bandeira de Mello:

(...) não significa, como é evidente, que lhe seja outorgado o poder de agir ao saber exclusivo de seu l bito, de seus humores, paixões pessoais, excentricidade ou critérios personalíssimos e muito menos significa que liberou a Administra o para manipular a regra de direito de maneira a sacar dela efeitos n  pretendidos nem assumidos pela lei aplicada (MELLO, 1998, p.66)

Quanto   proporcionalidade, preceitua-se que as competências administrativas somente poderão tornar-se válidas quando exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público. Por fim, com o crivo de tais princípios, se um ato for praticado sem a devida prudência e sensatez necessárias ao administrador, será perfeitamente invalid vel.

2.4 Tipos de Licita o

Quando exploramos os princípios da licita o, constatamos que o julgamento das propostas deve seguir um critério objetivo. A partir de tal pressuposto, a própria legisla o, em seu artigo 45, 1 , define os critérios que o administrador deve utilizar para julgar as propostas apresentadas.

Art.45.(...)

  1o Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licita o, exceto na modalidade concurso: (Reda o dada pela Lei n  8.883, de 1994)

I - a de menor preço - quando o critério de sele o da proposta mais vantajosa para a Administra o determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especifica es 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 aliena o de bens ou concessão de direito real de uso.

Desse modo, possuímos três tipos de licita o: menor preço, melhor técnica e técnica e preço. A regra   adotar a licita o do tipo menor preço. O último tipo, de maior lance ou oferta, somente   utilizado, como registra o texto normativo, “nos casos de aliena o de bens ou concessão de direito real de uso”. A ado o de determinado tipo de licita o diz respeito, basicamente, ao critério pelo qual há julgamento das propostas apresentadas.

Tais tipos de licita o também se encontram intrinsecamente relacionadas ao princípio da vincula o ao instrumento convocatório. A lei de Licita es em seu artigo 44,  2 , 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 demais ofertas dos demais licitantes”. Desse modo, é dever da Administração em licitações de qualquer modalidade – seja concorrência, tomada de preços, concurso, leilão ou convite – indicar o tipo de licitação adotado.

Uma questão importante é quanto à ocorrência de empate entre duas ou mais propostas. De modo algum a principiologia do procedimento licitatório aceitaria a escolha arbitrária do administrador por um dos licitantes, devendo a mesma ocorrer de modo objetivo, sob pena de ferir o princípio do julgamento objetivo das propostas, devendo o desempate somente ser desempenhado pelo crivo da própria legislação. O primeiro critério de desempate é indicado no art. 3º, § 2º:

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

I - (Revogado pela Lei nº 12.349, de 2010)

II - produzidos no País;

III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

V - produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

Como segundo critério, caso ainda persista a situação de paridade, torna-se obrigatória a adoção do sorteio como a única possibilidade de desempate, conforme registra o disposto no art. 45, § 2º, da Lei nº 8.666/93. Esse dispositivo dispõe que no caso de empate entre duas ou mais propostas mesmo depois de obedecido o disposto no art. 3º, § 2º já mencionado, “a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo”.

Em síntese, como doutrina de forma excelente Carvalho Filho (2015, p. 298), o critério *menor preço* decorre da verificação objetiva. “Diz a lei que tal tipo decorre quando o instrumento convocatório determina que a proposta mais vantajosa será aquela que se apresentar de acordo com as especificações do edital e ofertar menor preço”, sendo amplamente mais utilizado.

Por outro lado, os tipos de *melhor técnica* e *técnica e preço* são tratados no estatuto, segundo o mesmo doutrinador, com infeliz complexidade. Nas licitações do tipo *melhor técnica* (art. 46, § 1º) o instrumento convocatório fixará o preço máximo que a Administração se propõe a pagar, posteriormente “serão abertos os envelopes

contendo as propostas técnicas exclusivamente dos licitantes previamente qualificados e feita então a avaliação e classificação destas propostas de acordo com os critérios pertinentes e adequados ao objeto licitado (...). Em seguida haverá abertura das propostas de preço dos licitantes que tenham atingido a valorização mínima estabelecida no instrumento convocatório e à negociação das condições propostas, com a proponente melhor classificada, com base nos orçamentos detalhados apresentados e respectivos preços unitários e tendo como referência o limite representado pela proposta de menor preço entre os licitantes que obtiveram a valorização mínima.

O tipo de licitação *técnica e preço*, utilizado exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, está definido no art. 46, § 2º da Lei n. 8.666/93:

Art. 46 (...)

§ 2º Nas licitações do tipo "técnica e preço" será adotado, adicionalmente ao inciso I do parágrafo anterior, o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório:

I - será feita a avaliação e a valorização das propostas de preços, de acordo com critérios objetivos preestabelecidos no instrumento convocatório;

II - a classificação dos proponentes far-se-á de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, de acordo com os pesos preestabelecidos no instrumento convocatório.

2.5 Modalidades de licitação

A modalidade de licitação é a forma específica de conduzir o procedimento licitatório, a partir de critérios definidos em lei. Atualmente, temos seis modalidades licitatórias: concorrência, tomada de preço, convite, concurso, leilão e pregão, que estão conceituadas no art. 22 da lei n. 8.666/93 e no art. 1º da lei n. 10.520/2002. Há ainda, a defesa por parte de alguns autores da modalidade consulta, todavia “não se trata de modalidade prevista na lei de Licitações, tendo aplicação somente para as agências reguladoras, com procedimento por elas definido” (MARINELA, 2015, p. 560). No mesmo artigo, em seu parágrafo 8º, registra-se que é vedada a criação de outra modalidade licitatória, e também a mescla procedimental entre as já taxadas em lei. No entanto, isso não impede que o legislador, por meio de outra lei, crie uma nova modalidade de licitação, como ocorreu com a modalidade *pregão*, uma vez que a criação do Estatuto de Licitações e Contratos não esgota a competência da União para legislar sobre o tema.

Para permitir a escolha da modalidade licitatória aplicável à determinada situação, temos de ter em mente dois elementos: as especificidades do objeto e o valor da contratação. Por meio desse último, escolhemos entre as modalidades *concorrência*, *tomada de preços e convite*, embora a modalidade concorrência, não obstante ao valor, é também obrigatória em razão do objeto em determinadas situações. E quando decidimos basicamente pela natureza deste, sendo indiferente o valor, é possível a utilização do *concurso*, *leilão* e do *pregão*. O art. 23, §4º, da lei de Licitações, todavia, prevê que é possível substituir uma modalidade licitatória por outra, desde que da mais simples à mais rigorosa, tendo sempre como critério o valor. Por exemplo, se para o caso concreto a lei exigir o convite, a modalidade mais simples, é possível substituí-la pela tomada de preços, uma modalidade mais rigorosa, o que dependerá de uma análise subjetiva do administrador, visando o interesse público.

O *convite*, modalidade de licitação mais simples, é definido no §3º do art. 22 da Lei de Licitações:

Art.22.(...)

§ 3º 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.

Na modalidade convite, a Administração escolhe quem quer convidar, sendo a publicidade do procedimento feita mediante a afixação da carta-convite no quadro de avisos da repartição pública. Sendo assim, 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”. Dessa maneira, permite-se a simplicidade de procedimento do *convite*, evitando a utilização deste em benefício das mesmas pessoas. Por meio dessa alternância, o princípio da impessoalidade é respeitado (FORTUNA, 2015, p. 17).

O Tribunal de Contas da União registra jurisprudência, fundamentada no art. 22, §§ 3o e 7o , da Lei 8.666/1993 e consubstanciada na Súmula/TCU 248, no sentido de que não basta o convite a pelo menos três empresas, sendo necessário à apresentação de

três propostas válidas. Desse modo, ainda que sejam convidados três ou mais interessados, e apenas um tenha apresentado proposta, deve-se repetir o procedimento.

A lei conceitua a 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.

Tal modalidade é menos formal que a concorrência e se destina a contratações de vulto médio, cujas faixas de valor são estabelecidas em lei (art. 23, I, alínea b, e II, alínea b). Por outro lado, é menos amplo o círculo de divulgação, já que ao contrário da concorrência, só participam do certame aqueles previamente cadastrados e cadastráveis, ou seja, que possuem antes da data final do recebimento das propostas requisitos para o cadastramento.

A *concorrência* é adequada a contratações de grande vulto. A partir de limites estabelecidos em lei (art. 23, I, “c”, e II, “c”), um para serviços e outro para compras, há a exigência da respectiva modalidade. Como os recursos empregados pela Administração pública são demasiadamente elevados, o processo licitatório requer mais cuidados, e dessa maneira, a *concorrência* é a que apresenta em seu procedimento o maior rigor formal, sendo exigível uma fase inicial de habilitação preliminar, na qual são aferidas as condições de cada participante, e ampla divulgação, dela podendo participar quaisquer interessados que demonstrem possuir os requisitos mínimos de qualificação fixados no edital (art.22, I e §1º do Estatuto).

No entanto, como já foi mencionado, a lei exige a concorrência em algumas situações em função da *natureza* do contrato a ser celebrado. É o caso da compra ou alienação de bens imóveis, quando o certame possui cunho internacional e/ou pretende celebrar contrato de concessão de direito real de uso. A Lei nº 11.284 de 02/03/2006, referente à gestão de florestas públicas também exigiu a concorrência para contratação de concessões florestais em seu art. 13, § 1º (CARVALHO FILHO, 2014).

No *Concurso*, previsto no art. 22, § 4º, do Estatuto, ocorrerá a escolha de trabalho científico, artístico, ou técnico com prêmio ou remuneração aos vencedores, conforme o edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de quarenta e cinco dias. Possui, dessa forma, caráter intrinsecamente intelectual. Quando se realiza

um concurso, não há o interesse administrativo, a princípio, de contratar com ninguém. Uma vez, julgado o vencedor, e cumprido o intuito de premiação, a licitação se encerra. Como o julgamento é dado por determinada comissão, cabe ressaltar, dessa maneira, que em tal modalidade, a escolha do vencedor é muitas vezes passível de subjetividade, sendo não muito difícil o desvio de finalidade concurso.

A modalidade de licitação denominada *Leilão* versa sobre a venda de bens inservíveis para a Administração Pública, de mercadorias legalmente apreendidas, de bens penhorados (dados em penhor – direito real constituído ao bem) e de imóveis adquiridos pela Administração por dação em pagamento ou por medida judicial. Adquire direito à compra o candidato que oferecer o maior lance, devendo ser igual ou superior à avaliação (art. 22, § 5º), a qual deverá ser realizada antes do procedimento. Outra concordância entre os doutrinadores é sobre a exigência de ampla divulgação, ou seja, do princípio da *publicidade* em tal modalidade, a fim de uma efetiva oportunidade para que a administração realize bons negócios.

O Pregão foi instituído pela lei 10.520/2002, resultante da conversão em lei da MP n. 2.182-18/2001, e versa sobre a aquisição de bens e serviços comuns (serviços cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital), e sobre tal modalidade nos aprofundaremos mais adiante.

2.6 Procedimento da Licitação- Lei 8.666/1993

Quanto ao procedimento licitatório, nem todos os tipos de licitação apresentam todas as fases que a doutrina em geral nos ensina, pois algumas destas modalidades são de certa forma, incompletas. As mais complexas como a concorrência, ordinariamente têm suas fases bem definidas, já nas modalidades Concurso e Leilão, a fase de habilitação é bem simplificada, por exemplo.

As fases descritas pela doutrina são: abertura, habilitação, classificação, homologação e adjudicação.

Como consta no art. 38 da Lei 8.666/93, o procedimento tem seu início internamente (fase interna), em que há a abertura do processo dentro do órgão que vai realizar a licitação, definição do objeto e indicação dos recursos para a despesa. Faz-se então uma pesquisa de mercado, a fim de constatar qual o preço estimado da futura

contratação, o que é de grande valia, uma vez que através dela, o órgão ou entidade promotora da licitação reservará e disponibilizará orçamento para tal contratação.

A fase Externa, de maior relevância, se inicia quando a licitação torna-se pública. Em licitações de valores muito elevados (acima de cento e cinquenta milhões de reais), a Lei de licitações, em seu artigo 39, estabelece a obrigatoriedade de realização de uma audiência pública prévia à publicação do Edital. A audiência terá antecedência de 15 dias úteis da data de publicação do edital e divulgação de no mínimo 10 dias úteis antes de sua realização. Desse modo, na audiência pública os interessados tem acesso as informações que dizem respeito ao objeto da licitação e oportunidade de manifestação a respeito.

Após a aprovação do Projeto Básico, o setor responsável pela licitação deverá elaborar a minuta do ato convocatório, o edital, instrumento pelo qual a administração torna pública a realização de uma licitação. Seria o meio usado por todas as modalidades de licitação, exceto no convite, no qual aquele é a *carta-convite*. Porém faz as vezes do edital, já que fixa, de modo sumário, algumas normas e condições que devem vigorar no convite (MAZZA, 2015).

A forma e informações obrigatórias contidas no edital estão no art. 40 do Estatuto, e deverá conter, dentre outros itens, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, além de outras informações, objeto da licitação, prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos.

Após o Projeto Básico 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. Após os ajustes da análise, caso ocorram, estará o edital apto a se tornar público com a sua divulgação na imprensa oficial, nos jornais de circulação, na internet, e em todos os demais meios necessários. Ainda, segundo Lopes (2002), se o edital for discriminatório ou omissos em pontos essenciais poderá ser impugnado por qualquer cidadão, e com maior razão, por qualquer interessado em particular do certame.

O Edital fixará o prazo para que os interessados apresentem documentos para fins de habilitação e proposta de preço. A habilitação é um ato administrativo vinculado mediante o qual a comissão de licitação confirma no procedimento da licitação os licitantes aptos, nos termos do edital (Gasparini, 2007). Consiste basicamente na verificação da documentação e requisitos pessoais dos licitantes. Tem como finalidade a garantia de que o licitante, sendo o vencedor do certame, tenha condições técnicas e financeiras para cumprir o contrato de forma adequada.

O Estatuto, em seu art. 27 registra que para a habilitação na licitação, serão exigidos dos interessados documentos relativos à i) habilitação jurídica, ii) qualificação técnica, iii) qualificação econômico-financeira, iv) regularidade fiscal e trabalhista e v) cumprimento do disposto no inciso XXXIII, do art. 7º da Constituição Federal, exigindo declaração de que a empresa licitante não emprega em trabalho noturno, perigoso ou insalubre menores de 18 (dezoito) anos ou menor de 16 (dezesesseis) anos para qualquer trabalho, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 (quatorze) anos.

O Artigo 28 do Estatuto dispõe sobre a documentação relativa à habilitação jurídica dos 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 registra sobre a regularidade fiscal:

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em: (Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011) (Vigência)

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. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

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 sobre as qualificações técnicas:

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.

(...)

Por fim, o artigo 31 menciona 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.

(...)

Após a análise dos documentos de habilitação dos licitantes e resolvidas todas as impugnações e recursos, serão abertos os envelopes de propostas de preços e propostas técnicas, esta última no caso de licitações do tipo técnica e preço e melhor técnica.

Após o julgamento pela comissão, esta remeterá o processo à autoridade competente para que o procedimento seja homologado e adjudicado o objeto da licitação ao vencedor, previsto no art. 43 da lei 8.666/93. Sendo assim, a empresa licitante mais bem qualificada terá o objeto ou bem do certame para si adjudicado, ou seja, nascerá então o direito da mesma contratar em detrimento das demais e o dever de não se negar a contratar com a Administração para aquele objeto (FORTUNA, 2015).

Tal procedimento ocorre de modo diverso na modalidade Pregão, a qual exploraremos a seguir, e demonstraremos sua característica em face das demais modalidades.

3 O Pregão como modalidade

3.1 Conceito e características

A palavra *pregão* possui raiz latina (*praecone*), significa, na linguagem usual, segundo Santana (2009, p. 34), “ato de apregoar; proclamação pública; ato pelo qual os porteiros dos auditórios, os corretores de bolsas ou os leitores apregoam a coisa”.

As modalidades de licitação previstas na lei 8.666/1993, em muitos casos eram criticadas por não possuírem a celeridade desejada no processo licitatório. Muito burocratizadas, eram desproporcionais aos contratos menores ou de mais rápida conclusão. Desse modo, visando atender a tais clamores, foi instituída a Medida provisória n. 2.026, no âmbito da União, e posteriormente a lei n. 10.520 de 17/07/2002, que também instituía a modalidade nos demais entes da federação. Sendo assim, foi instituído o *pregão* como nova modalidade de licitação, com disciplina própria, com o intuito de acelerar o processo de contratação nas hipóteses específicas. Vale ressaltar que, embora, no modo como concebido atualmente, seja recente no meio licitatório, há indícios, constatados por Calos Motta (2001), de que o *pregão* não é exatamente uma ideia nova. Já no ano de 1592, nas Ordenações Filipinas, encontravam-se as primeiras práticas de licitação pública, que assumiam precisamente a forma de *pregão*.

Como já exposto, a Medida provisória n. 2.026, de 23 de novembro de 2000, instituía, curiosamente, que o *pregão* seria uma modalidade de licitação adotada exclusivamente no âmbito da União, conforme seu artigo 2º:

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)

Tal fato não se justificava sob qualquer ótica administrativa, uma vez que os estados, Distrito Federal e municípios, pelos mesmos motivos que a União, necessitavam de um novo modo de licitação, menos burocratizado, para evitar os transtornos das licitações tradicionais até então. A Lei n. 10.520/2002, no entanto, eliminou tal seletividade expressamente em sua ementa, disciplinando o uso do *pregão* para os demais entes federativos.

Cumpra ressaltar que a nova legislação veio com objetivo não de revogar a lei 8.666/1993, e sim de complementá-la. Evidentemente, por ser uma *Lex posterior*, ainda mais específica, prevalecem suas normas sobre as da lei antiga em certos aspectos procedimentais intrínsecos à nova modalidade admitida. No entanto, a lei do pregão em seu Art. 9º registra a aplicação subsidiária das normas do Estatuto à modalidade de pregão.

A União, sensível à necessidade de acelerar o processo seletivo para contratações, tornou obrigatória, por meio do Art. 4º do Decreto nº 5.450 de 31/05/2005, regulamenta, apenas no âmbito federal, a adoção da modalidade pregão para a aquisição de bens e serviços comuns, estabelecendo ainda a preferência pelo uso da modalidade em sua forma eletrônica. Sendo assim, a opção pela forma não eletrônica deverá ser necessariamente justificada pela autoridade competente. O pregão na forma eletrônica não se aplica aos contratos de obras de engenharia e às locações imobiliárias e alienações de modo geral, conforme o Art. 6º do mesmo Decreto.

A diretriz da união Federal é pautada na maior transparência do pregão em sua forma eletrônica e na atenção aos princípios licitatórios, como a publicidade, moralidade, competitividade, proibição administrativa, dentre outros, diminuindo a chance de conluio, corrupção e outras condutas típicas de improbidade.

A definição de pregão dada pelo autor Fernandes (2008) registra-o como uma nova modalidade de licitação pública que pode ser conceituada 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.

Como já mencionado anteriormente, determinadas modalidades de licitação são escolhidas em função dos limites de valores das futuras contratações, previstos no art. 23 da lei 8.666/93, já o pregão não é utilizado em função de tal restrição, e sim da natureza comum do bem ou do serviço que a Administração deseja contratar. Sendo assim, a modalidade só pode ser utilizada para a contratação de bem ou serviço considerado comum. Sobre o que seriam bens e serviços comuns, dispõe a lei 10.520/2002 em seu artigo 1º:

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.

Não podem ser objetos de pregão contratações relacionadas a equipamentos, programas e serviços de informática, exceto os de digitação e manutenção de equipamentos, por força de normatização que estabelece a obrigatoriedade, nas contratações de bens e serviços de informática e automação, da licitação de tipo *técnica e preço* (Lei n.º 8.248, de 23 de outubro de 1991 e Decreto n.º 1.070, de 2 de março de 1994). Também não podem ser licitados em pregão a contratação de obras e serviços de engenharia, as locações imobiliárias e as alienações em geral.

Em suma, serviços comuns seriam aqueles em que é público o domínio técnico do serviço ou a natureza do bem, sendo possível no espaço de mercado localizar uma gama de fornecedores capazes de satisfazer o interesse estatal (JUSTEN FILHO, 2010).

Por meio dessa definição constatamos o quão abstrata é a definição de bens e serviços comuns, uma vez que num mercado complexo como o atual, com uma extrema divisão do trabalho, alguns setores podem ser vistos como excessivamente técnicos por alguns, dessa forma, como não comum, no entanto comuns por certas pessoas que vivenciam o universo daquela atividade.

Desse modo, muitos doutrinadores classificam como injustas as restrições que se impõem a aplicabilidade da modalidade pregão. Defendem que o mesmo pode ser utilizado de forma feliz para todo tipo de contratação, principalmente quando a licitação for do tipo *menor preço*. Podendo-se também utilizar na forma presencial, o pregão para contratações do tipo *melhor técnica e preço e técnica*.

3.2 Pregão e suas fases

Algo pacífico no uso da modalidade pregão é o ganho em celeridade processual e economia ao Erário em virtude da inversão da ordem das fases de habilitação e de apresentação de preços, e também da possibilidade das partes licitantes competirem, podendo reduzir os seus preços.

Tal qual nas demais modalidades licitatórias, o procedimento do pregão também possui duas fases: a interna e externa.

A fase interna do pregão se constitui como atos e atividades de caráter preparatório a cargo do órgão administrativo. Tal etapa ocorre praticamente da mesma forma que nas demais modalidades. Deve a autoridade competente justificar a necessidade de contratação e apontar o objeto da competição e o necessário para a habilitação.

Em tal etapa, há a elaboração de um Termo de referência, diferente das demais modalidades, onde se cria um Projeto básico e/ou Projeto Executivo. Mesmo que o art. 9º, parágrafo 2º do Decreto Nr 5.450/05 diga que o primeiro deve ser conciso, claro e objetivo, diferente dos últimos, em virtude da modalidade pregão ser utilizada para bens e serviços comuns, na prática não é o que ocorre, e por outro lado, nem seria viável para a administração dar margem para diferenças desproporcionais ao objeto contratual pretendido anteriormente. O que se tem observado são descrições mais detalhadas possíveis nos Termos de referência, distinguindo-se dos demais apenas por nomenclatura.

Após a elaboração do Termo de Referência e aprovação pela autoridade competente, haverá a autorização de abertura de processo administrativo, sendo o primeiro devidamente autuado, protocolado e numerado, dando início ao procedimento formal de licitação. Desse modo, dando seguimento, serão elaboradas as minutas do edital e do contrato a ser firmado com o particular. O edital, como já foi citado, deverá conter todas as disposições exigidas no art. 40 do Estatuto, e nele constarão anexos o Termo de Referência e a minuta do contrato. Posteriormente toda documentação deverá ser submetida ao crivo da assessoria jurídica do órgão ou da entidade. Cumpridos os apontamentos da análise, o pregão estará apto a se tornar público.

Ocorre também, como ponto de diferença na modalidade pregão, a figura do *pregoeiro*, a quem incumbe dirigir todos os trabalhos. A designação do mesmo pode ser feita por simples Portaria ou Ato Administrativo interno do órgão ou entidade, subscrito pela Autoridade Competente. O mesmo contará com equipe de apoio, na grande maioria das vezes servidores do quadro permanente do órgão ou entidade pública. Dessa forma, substitui-se a Comissão de Licitação, prevista no art. 51 do Estatuto, por apenas um órgão unitário representado por somente um agente (CARVALHO FILHO, 2015).

A fase externa é constituída dos atos e atividades que contam com a participação da Administração Pública e de terceiros interessados. Em tal etapa que se consuma a escolha da proposta e do futuro contratado, e que apresenta os aspectos diferenciais dos procedimentos das modalidades previstas no Estatuto.

Também a exemplo das demais modalidades, a fase externa do pregão tem início com a publicação do edital e a consequente convocação dos interessados. A convocação dar-se-á por meio da publicação de aviso, destinado à ampla divulgação junto aos interessados. Sendo assim, as cópias do Edital e do aviso deverão ser colocadas à disposição de qualquer pessoa para consulta.

O aviso se caracteriza como o ato de comunicação pelo qual se dá ciência da abertura do pregão, a fim de que os interessados possam apresentar suas propostas, providenciar os documentos de habilitação hábeis à sua participação no certame licitatório e providenciar, querendo, o credenciamento de representante seu na licitação (FERREIRA NETO, 2003).

A publicação do aviso é obrigatória no Diário Oficial da União e na internet. Os órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais SISG, obrigatoriamente divulgam os avisos e editais de licitações no site localizado no endereço www.comprasnet.gov.br. A publicação ocorre de forma automática, como procedimento operacional do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais SIASG, que é a ferramenta de apoio informatizado às compras e contratações no âmbito do Poder Executivo Federal. Os demais órgãos e entidades da Administração Federal deverão providenciar a publicação dos avisos na internet, em seus próprios sites. A divulgação das licitações no site denominado contas públicas, mantido pelo Tribunal de Contas da União, também é obrigatória, conforme determinado pela Lei n.º 9.755, de 16 de dezembro de 1998.¹

Além da publicação no Diário Oficial, no caso dos pregões com valores estimados acima de R\$ 160 mil, até R\$ 650 mil, o aviso deverá ser publicado também em jornal de grande circulação no município onde tenha lugar o certame. No caso de bens ou serviços em valores acima de R\$ 650 mil, a publicação será em jornal de grande circulação regional ou nacional.

Uma inovação que já demonstra a modalidade pregão se refere ao prazo para a apresentação das propostas, o qual é de, no mínimo, oito dias úteis, tendo como termo de início para contagem a data de publicação do aviso. Tal prazo é maior que o do convite, cinco dias úteis, e menor que a tomada de preços e a concorrência, que pode ser de 45, 30 ou 15 dias, conforme a hipótese. Pelo texto do art. 4º, VI, da lei 10.520/2002, percebe-se que é no próprio dia da sessão que se dá a apresentação das propostas e

¹ <http://www.comprasnet.gov.br/publicacoes/licitacao.pdf>
acesso em 15 de junho de 2016

simultaneamente o recebimento delas pela Administração para seu exame. Sendo assim, antes do dia da sessão as propostas ainda não podem ser apresentadas.

Da mesma forma como previsto no Estatuto de Licitações e Contratos, é possível impugnar um edital de pregão, conforme o preceito do art. 12 do Decreto nº 3.555/2000. Contudo, apresenta uma característica própria. O prazo fixado é de até dois dias úteis antes da data designada para o recebimento das propostas. Sendo assim, caso acolhida a impugnação, terá que ser adiada a sessão previamente designada. Cabe ressaltar que embora o Decreto seja aplicável no âmbito da administração federal, nos demais entes federativos os interessados também podem hostilizar um edital que porventura contenha vícios de legalidade, uma vez que a Lei 8.666/1993 se aplica subsidiariamente ao pregão, e preceitua a impugnação do edital em seu art. 41, §1º.

A sessão ocorrerá *a posteriori* e compreende a reunião entre o pregoeiro e os participantes da licitação. Tem por finalidade possibilitar, mediante critérios objetivos e condizentes com os princípios administrativos, a escolha do futuro fornecedor do bem ou serviço pretendido no edital.

A publicidade é regra na sessão, ou seja, ela deve ser aberta a todos que se interessem pelo fornecimento do bem ou serviço desejado, ainda além, às demais que desejam assistir o procedimento de escolha. Sendo assim, não há razão para distinguir a presença de interessados ou de terceiros na sessão, desde que não ocorram interferências que prejudiquem o andamento dos trabalhos. Dessa maneira registra o art. 4º da Lei 8.666/1993:

Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

Os interessados podem estar presentes pessoalmente ou por seus representantes, que deverão se identificar e comprovar possuírem os poderes exigidos para a formulação de propostas e participação no pregão. As rotinas de credenciamento são executadas pela equipe de apoio, antes da abertura. Depois de verificadas as credenciais de todos os presentes, é declarada aberta a sessão pelo pregoeiro.

Os participantes, assim como ocorre no Estatuto, devem apresentar, em envelopes distintos, os documentos de habilitação e a proposta. Ao contrário das modalidades dispostas na Lei nº 8.666/93, a fase de apresentação das propostas de preços é anterior à fase de habilitação, o que não deve ser entendido como uma menor

importância dada à última. Ela continua sendo de extrema importância dentro do procedimento, uma vez que comprova a capacidade técnica, econômica e financeira do particular contratar com a administração pública. No entanto, o que tal inversão acarreta é celeridade na modalidade, já que evita assim a conferência da documentação de todas as empresas licitantes, sendo que na verdade só irá contratar com uma.

Imediatamente após a sua entrega, os envelopes contendo as propostas de preço são abertos e rubricados pelo pregoeiro, equipe de apoio e participantes. Será verificada a conformidade de cada proposta com os requisitos definidos no Edital. O não atendimento às especificações de fornecimento exigidas pelo Edital implica na desclassificação do participante. Entretanto, erros de natureza formal que não alterem o valor total da proposta, poderão ser corrigidos na sessão do pregão e não devem acarretar a desclassificação do licitante.

Verificadas as propostas formais e escritas apresentadas, tem início uma etapa desconhecida pelo Estatuto geral: a fase de lances verbais e sucessivos, com valores decrescentes, até que haja um vencedor final.

Tal fase só é permitida para aqueles ofertantes cujas propostas por escrito apresentem valor situado dentro de um intervalo entre o menor preço oferecido e os demais. O objetivo é estimular os participantes a apresentarem propostas compatíveis com a realidade do mercado, punindo a tentativa de inflacionar preços. Assim, o pregoeiro anunciará a proposta por escrito de menor preço e em seguida aquelas cujos preços se situem dentro do intervalo de 10% acima da primeira. Somente estes poderão fazer lances verbais adicionalmente às propostas escritas que tenham apresentado. Caso não haja pelos menos *três propostas* nessas condições, permite-se que a oferta de lances orais seja realizada pelas proponentes das três melhores propostas, independente do preço que tenham oferecido, conforme explicita o art. 4º, IX, da lei 10.520/2002.

Importa ressaltar que há uma ordem sequencial nos lances dados pelos licitantes. O primeiro a ser convidado a realizar um lance é o melhor qualificado no momento da abertura das propostas, sendo os demais convidados em ordem decrescente de valor. Dessa maneira, caso algum licitante, após ser convidado, não oferecer seu lance verbal, será excluído da etapa, considerando seu preço final, para critério de classificação, o último dado antes da desistência.

Como já mencionamos, o pregão é modalidade licitatória do tipo *menor preço*, no entanto, após a constatação de proposta vencedora com o fim da fase de lances, o

pregoeiro examinará o resultado, realizando um juízo de aceitabilidade, evitando propostas tidas como superfaturadas, ou, muitas das vezes inexeqüíveis.

É importante destacar que o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (LC nº 123/2006) estipulou uma regra nova em relação à participação de tais entidades no pregão. Segundo o Art. 45, §3º, da mesma lei, encerrando a fase de lances, a microempresa (ME) ou empresa de pequeno porte (EPP) melhor classificada terá prazo máximo de cinco minutos, após o encerramento, para oferecer nova proposta, sob pena de preclusão do direito. O requisito para esse *empate presumido* é a obrigatoriedade, registrada na lei, de que o lance da ME ou EPP seja superior até o limite de 5% do proposto pela empresa comum. Dessa forma, caso a pequena empresa apresente nova proposta, igual ou menor que a da originalmente vencedora, a contratação será firmada com a mesma.

Após a classificação, o pregoeiro analisará os documentos referentes à habilitação, onde só haverá a necessidade de examinar os documentos de habilitação relativos ao licitante vencedor. Havendo, portanto, a tão famosa característica do pregão, denominada inversão de fases, em relação às demais modalidades do estatuto. A documentação de habilitação é a mesma disposta no art. 27 da Lei 8.666/93, e que também se encontra registrada no art. 40, inciso XIII da Lei 10.520/2002, devendo a empresa vencedora apresentar documentação que atesta regularidade junto às Fazendas Nacional, Estaduais e Municipais, quando for o caso, FGTS e Seguridade Social, bem como os documentos que comprovem a regularidade jurídica, a capacidade técnica e a qualificação econômico-financeira do vencedor.

Caso o licitante seja inabilitado, o pregoeiro analisará os documentos de habilitação do próximo colocado, e assim em diante, até que se atenda as condições estabelecidas e vinculadas ao instrumento convocatório, o edital (art. 4º, inciso XVI). Em resumo, para ser declarado vencedor do certame, o licitante deverá : i) ter apresentado proposta compatível com o edital, ii) ter oferecido o menor preço em virtude do tipo da licitação, iii) ter sido autor de preço aceitável, conforme análise motivada do pregoeiro, tendo como crivo o valor usual de mercado, iv) ter sido devidamente habilitado, com toda documentação em dia e atestados técnicos que comprovam a capacidade de fornecer o respectivo bem ou serviço demandado pela Administração.

A declaração de vencedor pode ser objeto recurso, conforme expõe o art. 4º, inciso XVIII, da Lei 10.520:

Art. 4º (...)

XVIII - declarado o vencedor, qualquer 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 os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;

O provimento do recurso implica a invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento. O demais não precisam ser afetados, de modo que poderão permanecer quando for recomposto parcialmente o procedimento (art. 4º, XIX).

Após vencidas tal etapas, surge a adjudicação, atribuição ao vencedor do objeto da contratação, e a homologação do licitante. O vencedor do certame será convocado para assinar o contrato no prazo previamente designado no edital, e caso não compareça para a assinatura no prazo de validade de sua proposta, serão convocados, sucessivamente, os demais participantes na ordem final de classificação (art. 4º, XXIII).

Tratou-se assim, por meio de um aspecto geral, da sequência de atos próprios do gênero pregão, o qual se bifurca em dois modos: o presencial e o eletrônico. Sobre a diferenciação entre ambos e a citação de aspectos intrínsecos ao pregão eletrônico, discorreremos a seguir.

3.3 Pregão presencial e Pregão Eletrônico

Como já foi citado, o pregão, regulado pela Lei 10.520/2002, veio com resposta ao anseio de dar mais celeridade ao processo licitatório e é utilizado pelos órgãos e entidades da Administração pública para aquisição de bens e serviços considerados comuns, como dispõe a respectivo texto normativo. Neste sentido, a modalidade licitatória opera de duas formas distintas, presencial ou eletronicamente, configurando espécies das quais o pregão é gênero, não configurando de modo algum modalidades distintas.

O uso pregão presencial sofreu grande queda após a edição do Decreto nº 5.450/05, que instituiu uma obrigatoriedade relativa em relação ao uso do meio virtual. Por meio da norma, em seu art. 4º, § 1º, foi imposto como regra geral a realização do pregão na forma eletrônica, salvo comprovada inviabilidade, quando se deverá optar pelo estilo presencial. Além disso determinou o uso preferencial da cotação eletrônica para os casos de dispensa de licitação amparados no art. 24, inc. II, da Lei nº 8.666/1993.

As duas formas possuem características próprias, tendo como maior distinção, como a nomenclatura mesmo sugere, o fato de que no pregão eletrônico não há a presença física do pregoeiro nem das empresas licitantes, enquanto que na forma presencial essa reunião das partes interessadas é indispensável ao acontecimento da sessão pública e da escolha do particular pela administração.

3.4 Pregão eletrônico e seu procedimento peculiar

De início, cabe dar atenção no que diz a Lei nº 10.520/02, que em seu art. 2º, § 1º, assim dispõe: “Poderá ser realizado o pregão por meio da utilização de recursos da tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica”. Ou seja, a norma legal instituiu e concedeu autorização para a aplicação da modalidade feita em âmbito eletrônico. Desse modo, embora o tema tenha sido objeto de regulamentação por demais atos jurídicos, não se pode supor que os institutos fundamentais e princípios do pregão, registrados na Lei 10.520/2002, possam ser abandonados (SANTANA, 2009).

A fase interna do pregão eletrônico pouco se diferencia da fase interna já tratada na espécie presencial, devendo se pautar nas mesmas recomendações dadas normativamente e explicitadas pela lei dentro do âmbito interno do órgão ou da entidade administrativa.

Por outro lado, como a etapa competitiva do certame realiza-se por intermédio da *Internet*, há a necessidade de que todos os atos praticados pelos licitantes sejam identificados e reputados autênticos. Sendo assim, licitantes que tenham interesse em participar do pregão, bem como o pregoeiro e os membros da equipe de apoio, deverão estar credenciados junto ao sistema.

Tal credenciamento se dará pela atribuição de chave de identificação e de senha pessoal e intransferível para acesso ao sistema eletrônico, diferente do que ocorre no pregão presencial, onde o mesmo será realizado na sessão na presença do próprio pregoeiro. “Destaque-se que o credenciamento não se destina a produzir efeitos relativamente a um único pregão. O credenciado poderá participar de todos os pregões eletrônicos realizados pela entidade perante a qual se credenciou (JUSTEN FILHO, 2003, pg. 223).”

No caso de pregão promovido pelo órgão integrante do SISG (Sistema de Serviços Gerais), o credenciamento do licitante, bem como sua manutenção, dependerá de registro atualizado no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores

(SICAF), quem além de credenciar, exerce a função de acompanhar o desempenho dos fornecedores cadastrados e ampliar as opções de compra do Governo Federal. O registro no SICAF deve estar sempre atualizado, devendo o particular acompanhar sua situação junto ao mesmo, e apresentar quando necessário documentos como balanços, certidão de regularidade junto às receitas federais e estaduais, dentre outros, para fins de comprovação de regularidade e participação nos certames da Administração federal direta, autárquica e fundacional.

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 ao SLTI.

O edital do pregão eletrônico, assim como nos demais editais, fixa a hora e data de abertura da sessão pública. Como o certame ocorre em ambiente virtual, os licitantes devem enviar suas propostas, por meio do sistema eletrônico, até a hora determinada para a abertura da sessão pública. Qualquer desistência ou mudança na proposta deverá ser feita pelo licitante até o respectivo horário de abertura, já que após este não se aceita mais qualquer alteração.

O pregoeiro antes da disputa fará uma avaliação nas propostas cadastradas, retirando certas propostas como aquelas cujos preços extrapolaram os limites definidos nos editais, por exemplo. Na etapa de lances, o sistema automaticamente informa em tempo real aos participantes o valor do menor lance existente, sem identificar, no entanto, qual foi o licitante que apresentou tal lance. Algo que também merece destaque é que diferentemente do pregão tradicional, os lances no modalidade eletrônica não obedecem a uma ordem seqüencial entre os participantes. Sendo assim, todos eles podem, a qualquer momento, ofertar um lance, desde que seja inferior ao último por ele ofertado e registrado no sistema (FORTUNA, 2015).

Após o período de disputa, por tempo estipulado no edital e conduzido pelo pregoeiro, o sistema encaminha os participantes a um aviso de que os lances serão encerrados em breve, em um período aleatório de até 30 minutos, ao final do qual novos lances não mais serão aceitos. A partir daí ocorre uma disputa extremamente acirrada pelos participantes, uma vez que em tal etapa não se sabe ao certo o momento em que o

sistema encerrará a possibilidade de ofertar lances, os quais possibilitarão a classificação dos particulares.

O restante do procedimento é muito parecido ao que ocorre no pregão tradicional. O pregoeiro pode negociar com o licitante vencedor, sendo essa negociação acompanhada pelos demais participantes através do sistema. A habilitação do melhor classificado é feita de forma eletrônica, por consultas de informações registradas no SICAF, e documentos enviados por email ou em campo próprio do sistema. Pelo segundo modo, os demais licitantes poderão também visualizar a exigida documentação, sendo assim, deveria, pelos princípios da publicidade e da moralidade, dentre outros, ser o único meio admitido na modalidade eletrônica referente à análise para critério de habilitação.

Por fim, se todas as exigências de habilitação tiverem sido atendidas, o licitante será declarado vencedor. O artigo 41, inciso XVIII da Lei 10.520/2002 estabelece que qualquer empresa poderá manifestar motivadamente intenção de recorrer, e então lhe será concedido o prazo de 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.

3.4.1 Vantagens do pregão em sua forma eletrônica

É inegável que a criação da modalidade pregão trouxe enormes melhorias aos procedimentos licitatórios. E a forma eletrônica, espécie do gênero, confere ainda mais dinamicidade ao processo, contribuindo para importantes ensejos da Administração Pública.

Começando com a primeira característica de distinção entre os dois modelos de pregão, no presencial incorre-se na possibilidade de uma espécie de restrição de competitividade tendo em vista que a representação na sessão, caso haja interesse dos licitantes em efetuarem lances, acarreta custos com deslocamento destes até a localidade de realização da sessão, sendo imperativo que os licitantes que não estejam próximos deste local analisem a correspondência entre custo e benefício para que concluam sobre a vantagem em investir na sua participação em um certame cuja contratação é incerta. Já o pregão eletrônico, permite participação de empresas de qualquer local do país, bastando para tanto que as mesmas tenham acesso à internet. Configura-se aí o

encurtamento das distâncias e a abrangência maior licitantes, proporcionando uma maior competitividade (VIEIRA, 2010).

Ainda se falando em competitividade, diferenciam-se também quanto a tal critério na medida em que no Pregão tradicional, somente os licitantes portadores das ofertas com preço até 10% (dez por cento) superior à menor podem participar da etapa de lances. Já no Pregão Eletrônico esse procedimento é mais democrático, podendo todo o licitante que tenha sido credenciado na fase de cadastramento das propostas no sistema participar da fase de disputa de lances.

O pregão eletrônico proporciona, ainda, maneira de assegurar sem qualquer dúvida, o princípio da impessoalidade, pois não há identificação dos proponentes até que seja feita a aceitação das propostas melhores classificadas. Por esta mesma razão, os doutrinadores defendem a menor incidência da prática de conluio quando utilizada a modalidade pregão eletrônico.

Outra grande vantagem apresentada é a economicidade dos certames via *internet*. Além dos custos de deslocamentos e preparo de pessoal e ferramentas para uma sessão presencial solene, no pregão eletrônico há uma economia de tempo. Em licitações cujo objeto compreenda diversos itens ou lotes, por exemplo, verifica-se que no pregão presencial utiliza-se muito mais tempo para a fase de lances, pois estes são realizados individualmente por cada proponente e apenas para um item de cada vez. Assim, é necessário que se esgotem as ofertas para determinado item ou lote e tenha-se a melhor proposta aceita para que se inicie a fase de lances para o item seguinte. O pregão eletrônico já possibilita a abertura da fase de lances para diversos itens ou lotes concomitantemente, o que demanda menos tempo da sessão para tal etapa, considerando-se ainda, que neste formato eletrônico estipula-se o tempo iminente e o aleatório para seu encerramento. Deve-se ressaltar que no pregão presencial os lances encerram-se apenas com a falta de manifestações de melhores preços, independentemente do tempo que isso demande.

Dessa maneira, houve grande avanço nos procedimentos das modalidades licitatórias até chegar-se ao pregão propriamente dito, mas através de sua realização utilizando meios de tecnologia de informação, denotou-se maior celeridade, competitividade, transparência com a publicidade dos atos, impessoalidade, moralidade e eficiência. A partir de sua utilização, a abrangência dos fornecedores passou a ser maior, a fase de lances mais ágil e constatou-se comprovada economia aos cofres públicos.

Apresentadas as vantagens alegadas quanto à modalidade licitatória, no próximo capítulo discorrer-se-á de forma breve sobre alguns temas pontuais tidos como polêmicos em relação ao instituto.

4 Temas polêmicos relacionados à modalidade eletrônica

A modalidade de compras denominada pregão foi inovada em sua forma eletrônica permeando-se no contíguo avanço dos recursos tecnológicos da informática. E adentrando na seara da engenharia cibernética, que acredita tudo ser possível aos códigos de programação, deve estar propensa aos aperfeiçoamentos necessários para seguir sua trajetória de instrumento de credibilidade, transparência e economia.

Mais recentemente, talvez pela pressão do crescimento tecnológico, o mundo jurídico cada vez mais se utiliza de tais recursos, como o crescimento dos processos eletrônicos e o uso de vídeo-conferência para ouvir partes e testemunhas.

Desse modo, o que se indaga é se a ação jurídica, ao fazer uso das inovações, consegue acompanhar seu contínuo desenvolvimento ou se vive aquém de tais transformações. A seguir, procura-se, longe de exaurir reflexões, adentrar em alguns temas referentes aos pregões eletrônicos que são passíveis de contradições e polêmicas.

4.1 O Uso de softwares robôs nos pregões eletrônicos

Um dos temas passíveis de discussão usualmente comentados referentes ao pregão eletrônico diz respeito ao uso de softwares “robôs” na fase de disputa do certame.

O pregão eletrônico tem dois tipos mais comuns de encerramento da disputa: o randômico, já citado, é o encerramento aleatório, que pode ocorrer a qualquer momento no intervalo entre 1 segundo e 30 minutos, e a prorrogação automática, sendo que nesta, a cada lance, o sistema prorroga a oportunidade de novo lance por mais 3 minutos.

O tempo randômico é utilizado nas duas maiores plataformas de compras eletrônicas do País, o Comprasnet e Banco do Brasil. Neste sentido, é anseio do licitante estar sempre a frente dos demais, uma vez que não se sabe ao certo o momento de encerramento da disputa. Surge de tal intuito o uso de *softwares* capazes de detectar o lance de uma empresa e emitir um "lance resposta" em pouco espaço de tempo. Enquanto um operador leva alguns segundos, o que pode demorar a depender do número de dígitos e da confirmação do valor digitado para evitar erros indesejáveis, o robô demora uma fração de segundo para devolver um lance com um valor menor. Nesse contexto, quando o encerramento da etapa de disputa se dá pelo método

randômico, a empresa que utiliza o robô tem uma vantagem significativamente maior de alcançar a vitória.

No caso das plataformas que utilizam como forma de encerramento a "prorrogação automática" o robô não traz qualquer vantagem, uma vez que o encerramento só se dará no prazo de 3 minutos após o último lance, tempo suficiente para digitar manualmente um outro valor.

4.1.1 Jurisprudência e os softwares “robôs”

Buscando-se a jurisprudência em relação ao tema, é notável o argumento de que o uso da ferramenta fere a isonomia, princípio basilar das licitações públicas, o que podemos ver no julgado do Tribunal de Contas da União a seguir.

O uso de programas “robô” por parte de licitante viola o princípio da isonomia

Mediante monitoramento, o Tribunal tratou do acompanhamento do Acórdão nº 1647/2010, do Plenário, que versou sobre a utilização de dispositivos de envio automático de lances (robôs) em pregões eletrônicos conduzidos por meio do portal Comprasnet, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG). No Acórdão monitorado, o Tribunal concluiu que, em pregões eletrônicos conduzidos via portal Comprasnet: *“a) é possível aos usuários de dispositivos de envio automático de lances (robôs) a remessa de lances em frações de segundo após o lance anterior, o que ocorre durante todo o período de iminência do pregão; b) com a possibilidade de cobrir lances em frações de segundo, o usuário do robô pode ficar à frente do certame na maior parte do tempo, logrando assim probabilidade maior (e real) de ser o licitante com o lance vencedor no momento do encerramento do pregão, que é aleatório; c) ciente dessa probabilidade, que pode chegar a ser maior que 70%, o licitante usuário do robô pode simplesmente cobrir os lances dos concorrentes por alguns reais ou apenas centavos, não representando, portanto, vantagem de cunho econômico para a Administração”*. Para o relator, os fatos configurariam a inobservância do princípio constitucional da isonomia, visto que *“a utilização de software de lançamento automático de lances (robô) confere vantagem competitiva aos fornecedores que detêm a tecnologia em questão sobre os demais licitantes”*, sendo que as medidas até então adotadas pela SLTI/MPOG teriam sido insuficientes para impedir o uso de tal ferramenta de envio automático de lances. Além disso, como as novas providências para identificar alternativa mais adequada para conferir isonomia entre os usuários dos robôs e os demais demandariam tempo, e a questão exigiria celeridade, entendeu o relator que MPOG poderia definir provisoriamente, por instrução complementar e mediante regras adicionais para a inibição ou limitação do uso dos robôs, de maneira a garantir a isonomia entre todos os licitantes, nos termos do art. 31 do Decreto nº 5.450/2005, razão pela qual apresentou voto nesse sentido, bem como por que o Tribunal assinasse o prazo de 60 dias para que a SLTI implementasse mecanismos inibidores do uso de dispositivos de envio automático de lances em pregões eletrônicos conduzidos via portal Comprasnet, no que foi acompanhado pelo Plenário. *Acórdão n.º 2601/2011-Plenário, TC-014.474/2011-5, rel. Min. Valmir Campelo, 28.09.2011.*

Em um outro momento, uma liminar do Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª Região, em Brasília, suspendeu uma licitação do Ministério da Saúde em que a empresa vencedora foi acusada de burlar o sistema do Comprasnet – o site de compras do governo – usando um programa de computador capaz de cobrir, em frações de segundos, cada lance da concorrente.

A liminar foi obtida pela Orion Telecomunicações Engenharia, de Brasília, que alega que a vencedora, a 2 MM Eletro, teria recorrido ao robô.

O desembargador federal Fagundes de Deus, relator do caso no TRF, concedeu a liminar para suspender a licitação, considerando a necessidade de se respeitar a isonomia entre os participantes. Para ele, houve “veementes indícios de concorrência desleal”. A decisão menciona “lances automáticos dados pela empresa 2 MM Eletro, imediatamente após os lances enviados pela Orion, cuja diferença de tempo é de fração de segundos”. Segundo a liminar, a 2 MM deu o último lance, que lhe garantiu a vitória, menos de um segundo depois da oferta da concorrente, conseguindo aproveitar o que restava de tempo para o encerramento do leilão².

Em relação ao tema no Poder Legislativo, a Comissão de Finanças e Tributação já aprovou projeto do deputado Geraldo Resende (PMDB-MS) que proíbe o uso de “robôs” nos pregões eletrônicos promovidos pelo governo federal para a compra de produtos e serviços (PL 1592/11).

O relator, deputado Alfredo Kaefter (PSDB-PR), defendeu que a utilização dos robôs estabelece condições injustas de competição. “Os fornecedores do Poder Público que não estivessem dispostos a recorrer a estes artifícios dificilmente poderiam sair vitoriosos em uma licitação”, afirmou o deputado³.

Sendo assim, como consequência os licitantes que fizerem uso da ferramenta na fase de lances do certame eletrônico poderão ser impedidos de fazer contratos com a administração pública por dois anos e estarão sujeitos à pena de detenção de seis meses a dois anos e multa.

² <http://www.institutocertame.com.br/uso-de-robos-em-licitacoes>

Acesso em 20 de junho de 2016

³ <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/491124-COMISSAO-APROVA-PROIBICAO-DE-USO-DE-%E2%80%9CROBOS%E2%80%9D-EM-PREGAO-ELETRONICO.html>

Acesso em 20 de junho de 2016

4.1.2 Vantagens e desvantagens do uso

Sob a luz de uma ótica inicial, o envio automático de lances em pregão eletrônico compromete a manutenção da igualdade de condições entre os licitantes e também o caráter competitivo da disputa, já que constitui vantagem que aumenta sensivelmente as chances de contratação de quem faz uso de tal ferramenta eletrônica no momento dos lances.

Mediante o atual cenário, é inegável dizer que o licitante que faz uso do programa de lances não possui vantagens em relação aos demais que não se utilizam do mesmo, e por outro lado, caso todos se utilizem deste, a fase de disputa em um pregão eletrônico configuraria uma verdadeira desordem procedimental.

Num esforço para coibir de vez a utilização da ferramenta, a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão editou a Instrução Normativa n.3, de 16 de dezembro de 2011, com o seguinte teor:

O SECRETÁRIO DE LOGÍSTICA E TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO, no uso das atribuições que lhe confere o art. 28 do Anexo I ao Decreto nº 7.063, de 13 de janeiro de 2010, e tendo em vista o disposto no art. 3º do Decreto nº 1.094, de 23 de março de 1994, e no art. 31 do Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, resolve:

Art. 1º Subordinam-se ao disposto nesta Instrução Normativa os órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais - SISG, bem como os órgãos e entidades que firmaram Termo de Adesão para utilizar o Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais - SIASG.

Art. 2º Na fase competitiva do pregão, em sua forma eletrônica, o intervalo entre os lances enviados pelo mesmo licitante não poderá ser inferior a 20 segundos. (Grifo nosso)

Art. 3º Os lances enviados em desacordo com o artigo 2º desta norma serão descartados automaticamente pelo sistema. (Grifo nosso)

Apesar de se tratar de uma iniciativa válida, a alternativa pode ser criticada, pois como a disputa termina de modo aleatório, não se sabendo ao certo o momento de término da etapa de lances e a consequente classificação, o prazo de 20 segundos é suficiente para um interessado manualmente cobrir determinado lance e, no entanto, é impedido pelo próprio sistema. Ainda além, a aplicação do disposto na instrução normativa se limita ao âmbito federal (Ministério do Planejamento), não produzindo efeito para os Estados, Distrito Federal e Municípios, uma vez que “regulamento administrativo presta-se apenas a dizer como a lei deve ser cumprida [...]. Não é meio

para criar direitos e obrigações, criar novos instrumentos jurídicos, outorgar competências a agentes administrativos não pressupostas em lei” (NIEHBUHR, 2005, pg. 175).

No entanto, ao analisarmos o uso sobre uma perspectiva diversa do que aparenta inicialmente, o robô eletrônico nada mais é que um programa que consegue registrar com maior rapidez o lance do proponente que se utiliza dele. Em tese, privilegiando esse proponente com relação aos demais que não utilizam um otimizador eletrônico de lances. Ora, se dermos enfoque a esse questionamento, notaremos claramente que o referido “privilegio” sempre existiu, limitado à condição motora humana e em partes também à tecnológica. Pois ao utilizar-se de recurso de *internet* de qualidade acima da média, mais veloz, e de computadores mais sofisticados, de última geração, com alta capacidade de processamento o proponente estaria otimizando sua chance de ver seu lance registrado com maior rapidez.

Sendo assim, o que de fato incitou o surgimento desses dispositivos de envio automático de lances foi o próprio tempo randômico (que expira aleatoriamente em até 30 minutos), necessário para provocar os proponentes a ofertarem seus lances. Contudo, essa solução de finalização randômica nunca se mostrou necessariamente adequada, por “privilegiar” o lance mais rapidamente registrado, quando o ideal seria esgotar os lances de todos os licitantes até o menor valor que eles estariam dispostos a ofertar, sem que isso se perdesse por um tempo infundável (BONO, 2012).

Sob a perspectiva dada, podemos concluir que a uso do *software* “robô” não torna “injusto” um procedimento que é totalmente isonômico. Naturalmente o particular quer aumentar seu rol de negócios, e contratar com o poder público pode ser muito lucrativo para as empresas. Dessa forma, o programa de lances nasceu pela fragilidade da própria modalidade, uma vez que, mesmo sendo modalidade licitatória do tipo menor preço, a administração pública nem sempre realiza o negócio mais vantajoso, e sim com o menor preço ofertado no momento do encerramento imprevisto.

Sendo assim, embora se utilize de meios tecnológicos do campo da telecomunicação e da computação, o pregão eletrônico, do modo como é realizado atualmente, carrega em seu cerne o “vela e prego” arcaico, e justamente por exigir dos participantes meios tecnológicos superiores para serem bem sucedidos no procedimento, algo além do simples acaso, não proporciona maior isonomia que sua modalidade ancestral.

4.2 Frustração da concorrência por combinação entre empresas

Uma prática já conhecida nas modalidades licitatórias presenciais, o conluio entre empresas para combinarem preços e se revezarem nas contratações de diversos órgãos também podem e muitas das vezes persistem no pregão eletrônico. Obviamente, dado o procedimento da modalidade, tal atitude é de difícil comprovação, contudo, a mesma deve partir de análise criteriosa de seus indícios e ocorrer punições, no mínimo administrativas (LIMA, 2016).

Um fato que ilustra tal arranjo, muitas das vezes, são empresas que participarão da disputa apenas para favorecer determinado fornecedor. As mesmas enviarão lances abaixo dos praticados no mercado, ditos inexequíveis, no momento da disputa, desestimulando a efetiva competição. O fornecedor favorecido procura-se manter em uma posição imediatamente posterior àquelas. As primeiras, dessa forma, não enviam a documentação exigida no edital para a habilitação, a qual deve ser remetida *a priori* por um campo do próprio sistema, e são desclassificadas, abrindo caminho para a chamada e conseqüente habilitação do fornecedor escolhido no plano.

Como a modalidade eletrônica propicia uma maior competitividade, caracterizada pela não exigência de presença física dos licitantes no momento da disputa, é mais dificultoso ocorrer tais conluios, uma vez que há fornecedores de localidades diversas, reduzindo as chances de acordo entre si. No entanto, é inegável que tais atividades ocorrem, muitas das vezes entre empresas que possuem o mesmo corpo societário, o que pode auxiliar o pregoeiro em tal constatação. Também denota-se a prática de atos pelos próprios agentes públicos, aliando-se a empresas com o intuito de fraudar procedimentos licitatórios. Nesse caso, exige-se para combater tais ações a presença de controles internos e externos eficientes.

Dados tais aspectos, a aplicação de penalidades administrativas é medida que se propõe para coibir tais práticas, por exemplo, abrindo processos administrativos para verificar a conveniência, em algumas situações, para aplicação de penalidades às empresas que deixam de encaminhar a documentação necessária para a habilitação no certame, após vencerem ao darem lances considerados inexequíveis, a fim de prejudicar a disputa. A rigorosa aplicação das sanções administrativas nesses casos, inclusive a suspensão temporária do direito de licitar e contratar, talvez possa coibir a reincidência da prática citada.

4.3 O prévio cadastro no SICAF e o princípio da competitividade

O Sistema de Cadastramento Unificado de fornecedores (SICAF) pode ser entendido como:

(...) o módulo informatizado do SIASG (Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais), operado on-line, que cadastra e habilita as pessoas físicas ou jurídicas interessadas em participar de licitações realizadas por órgãos e pelas entidades integrantes do SISG (Sistema de Serviços Gerais). O SICAF desburocratiza e facilita o cadastramento dos fornecedores do Governo Federal, contribuindo para aumentar a transparência e a competitividade das licitações” (FERNANDES, 2009, p. 189).

De imediato, é possível inferirmos que o SICAF foi adotado com a intenção de simplificar o cadastramento dos fornecedores do Governo Federal, servindo inclusive como instrumento de verificação das condições habilitatórias dos cadastrados. Ocorre que, apesar da eficiência proporcionada pelo registro cadastral em análise, muitas são as discussões acerca da sua aplicação.

O SICAF foi introduzido no Ordenamento Jurídico Brasileiro pelo Decreto Federal nº 449, de 17 de fevereiro de 1992, que em seu artigo 3º instituiu o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores e disciplinou as informações mínimas constantes no cadastro. Uma vez que o referido decreto foi editado antes da Lei de Licitações e Contratos (Lei 8.666/93), a figura do SICAF desapareceu com a edição da indigitada Lei, até que a Instrução Normativa Nº 05 do MARE (Ministério da Administração e Reforma do Estado), de 21 de julho de 1995, restabeleceu a sua aplicação, trazendo, inclusive, a obrigatoriedade de cadastramento dos fornecedores interessados em contratar com os órgãos ou entidades integrantes do SISG (Sistema de Serviços Gerais) e com aqueles que optassem pela utilização do SICAF.

Com a IN nº. 5 do MARE, no seu item 1.3, vedou-se a licitação para a aquisição de bens e contratação de obras e serviços junto a fornecedores não cadastrados no SICAF para qualquer modalidade de licitação, inclusive para as hipóteses de dispensa e inexigibilidade, de modo que, inicialmente o Tribunal de Contas da União se posicionou favoravelmente às disposições. No entanto, apesar do aval do TCU, a doutrina majoritária era categórica em afirmar a ilegalidade da exigência de prévio cadastramento dos licitantes no SICAF, uma vez que consideravam que tal prática resultava no cerceamento da competitividade das licitações (SOARES, 2012).

Diante das inúmeras críticas, a Corte de Contas iniciou uma revisão em seu entendimento, vindo a determinar à Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração do Ministério da Cultura que retirasse de seus editais de licitação a exigência cadastral do SICAF, por meio da Decisão nº. 654/2000. A partir de então, o TCU passou a defender a tese de que a norma disciplinadora da exigência em análise (IN nº 05/MARE) não tinha o condão de impor a todos os órgãos e entidades da Administração Pública Federal a vedação de realizar contratos com fornecedores não cadastrados no SICAF.

Acusada de afrontar a legalidade nos procedimentos licitatórios, a Administração Pública Federal editou Decreto n.º. 3.722/2001, que, no entanto, continuou a impor aos licitantes a obrigatoriedade de cadastramento no SICAF para participação nos certames realizados por órgãos e entidades integrantes do SISG, exigência que veio a ser declarada insubsistente pelo TCU (Decisão nº. 80/2001 – Plenário). Logo, diante das afrontas legais identificadas pelo Tribunal de Contas, o Governo Federal editou o Decreto 4.485, de 25 de novembro de 2002, que alterou, dentre outros pontos, o art. 1º, § 1º do Decreto n.º. 3.722/2001, que passou a reconhecer a facultatividade do cadastramento no SICAF para os fornecedores do Governo Federal, considerando que nos casos em que o proponente homologado não estiver inscrito no SICAF, o seu cadastramento deverá ser realizado pela Administração, sem ônus para o proponente, antes da contratação, com base no reexame da documentação apresentada para habilitação, desse modo cessando a ilegalidade.

No entanto, é inegável que o SICAF constitui uma ferramenta que traz maior racionalidade e rapidez às contratações realizadas pelo Governo. Tal entendimento é recorrente na Doutrina, como podemos observar nas palavras do mestre Jessé Torres Pereira Júnior (2007, p. 452):

Trata-se de instrumento de grande utilidade operacional para a Administração Pública Federal e demais órgãos ou entidades que a ele aderirem, expressamente, em qualquer das esferas da Federação. Mantém informatizados e acessíveis *on line* todos os dados referentes à habilitação jurídica, à regularidade fiscal e à qualificação econômico-financeira das empresas que nele se inscreverem.

O próprio TCU não refuta a sua utilização pela Administração Pública, pelo contrário, seguindo as disposições do Decreto 3.722/2001, reconhece o SICAF como meio de prova da habilitação de licitantes, o que enseja maior eficiência no processamento dos certames. Tal entendimento é claro no conteúdo do Acórdão TCU nº. 1070/2005 - Primeira Câmara, a saber:

Não se pode exigir, mas se deve aceitar, em qualquer modalidade de licitação, a inscrição prévia no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - Sicaf como meio de prova da habilitação de interessado conforme o disposto no art. 3º, § 1º, inciso I c/c o art. 22, § 2º, ambos da Lei de Licitações, bem assim na redação dada ao Decreto no 3.722/2001 pelo Decreto no 4.485/2002.

Contudo, apesar dos benefícios advindos da utilização do SICAF, não podemos negar a afronta à Lei 8.666/93 e ao princípio da competitividade causada pela exigência de cadastramento prévio dos licitantes no referido Sistema. Os precedentes do Tribunal de Contas pátrio são uniformes no sentido de que a exigência de inscrição no SICAF, como condição de habilitação ao certame licitatório, constitui cerceamento ao seu caráter competitivo, em evidente afronta ao mandamento insculpido no inciso I do § 1º do art. 3º da Lei 8.666/93 (Acórdão 1070/2005 Primeira Câmara).

4.3.1 Aspectos próprios do pregão eletrônico frente ao SICAF

Como restou configurado nas considerações anteriores, é incontestável a ilegalidade da exigência de cadastramento dos fornecedores como condição *sine qua non* para a participação em certames licitatórios. Ressaltamos, no entanto, que o Decreto 5.450/05 trouxe ao pregão em sua forma eletrônica algumas peculiaridades procedimentais que diferenciam essa modalidade das demais. O mencionado decreto traz a exigência do credenciamento prévio dos licitantes perante o provedor do sistema eletrônico do órgão promotor da licitação, estabelecendo para os órgãos integrantes do SISG o cadastramento no SICAF como condição para o credenciamento do licitante (art. 3º, § 2º).

A exigência de prévio credenciamento surgiu como uma necessidade decorrente do ambiente em que se desenvolve o procedimento licitatório, uma vez que o torneio virtual exige uma maior preocupação quanto à identificação e autenticidade dos atos praticados pelos sujeitos envolvidos na licitação. Assim, para garantir maior segurança aos procedimentos desenvolvidos nos pregões eletrônicos, a norma impôs aos pretendentes participantes o credenciamento prévio através de chave de identificação e de senha, pessoal e intransferível, sendo que para os órgãos integrantes do SISG o cadastramento dos fornecedores no SICAF é o meio hábil para efetivar tal credenciamento (SOARES, 2012).

Sobre os procedimentos adotados na condução do pregão eletrônico, é pertinente citarmos os ensinamentos trazidos pelo Tribunal de Contas da União em publicação que traz orientações básicas sobre licitações e contratos (2006, p.114):

Em caso de Pregão, o licitante deve: (...)

Quanto ao Pregão Eletrônico:

- estar previamente credenciado no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF, para que possa acessar o sistema, em licitações promovidas pelos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG ou por aqueles que tenham celebrado termo de adesão ao sistema;
- estar cadastrado e habilitado no Sistema de Cadastramento Unificado de fornecedores – SICAF, ou no sistema de cadastro próprio dos órgãos licitadores, ou cadastros equivalentes.

No entanto, mesmo configurada a consonância do pensamento da Corte de Contas com o disposto no Decreto 5.450/05 acerca do credenciamento prévio dos licitantes por meio do cadastramento no SICAF, opondo-se às orientações trazidas pelo TCU, parte da doutrina refuta o credenciamento prévio por meio do cadastramento no SICAF, alegando que um decreto não teria o condão de trazer a obrigatoriedade da efetivação do cadastro (FILHO, 2010).

Dessa maneira, ocorrendo uma dissonância entre o pensamento da doutrina e o entendimento endossado pelo TCU, com o intuito de resolver o impasse, entendeu-se adequada a diferenciação entre cadastramento e credenciamento. O primeiro constitui a inserção de informações dos fornecedores em um banco de dados, com o intuito de agilizar o processamento das licitações, servindo, inclusive, como meio comprobatório de habilitação, enquanto o credenciamento é o procedimento mediante o qual a Administração Pública identifica os sujeitos envolvidos no processo licitatório mediante a atribuição de senhas personalizadas, o que, no caso dos órgãos integrantes do SISG, ocorre por meio do cadastramento no SICAF.

Observa-se, portanto, que o credenciamento dos licitantes nos moldes previstos no Decreto 5.450/05 não se confunde com o cadastramento no SICAF, sendo este apenas o meio pelo qual se processa o primeiro. Desta forma, é possível afirmarmos que, em se tratando de pregão eletrônico, o cadastramento não é mero banco de dados com informações sobre os fornecedores, mas constitui critério técnico que viabiliza o credenciamento dos interessados em participar da licitação.

Ante o exposto, é bastante razoável ser cabível a exigência de prévio cadastramento dos licitantes no SICAF para participarem de pregão eletrônico, uma vez que se trata de condição técnica para realização do credenciamento e conferir maior organização a um ambiente eletrônico e moderno caracterizado pela ausência da mesma.

4.4 Alegação de baixa qualidade dos objetos contratados por pregões eletrônicos

Um tema citado quando se fala nas desvantagens do pregão eletrônico como modalidade de licitação é a alegação de que a Administração realiza contratações de baixa qualidade em virtude da ferramenta. Como o pregão eletrônico é um tipo de licitação por menor preço, e é realizado por meio da rede mundial de computadores, propiciando uma gama maior de fornecedores e competidores, além de inibir a exigibilidade de amostras, muito tem se alegado a baixa qualidade dos bens e serviços contratados pelos órgãos e entidades administrativas.

No entanto, deve cair por terra a falaciosa idéia de que há compra ruim quando o critério é o menor preço. O Pregão eletrônico é utilizado para bens e serviços considerados comuns, em síntese, bens e serviços que do ponto de vista técnico possuem inúmeros fornecedores capazes de suprir a demanda. Dessa maneira, o que se deve em relação ao produto, antes de requisitá-lo ao setor competente, é identificar o que de fato precisa-se adquirir. A identificação desta é o primeiro passo para a realização de uma compra correta.

Com base nessa solicitação é que o órgão licitante deverá especificar o item a ser adquirido. É de fundamental importância para o sucesso da licitação que este item esteja suficientemente descrito, a fim de se evitar dúvidas por parte dos pretensos fornecedores e, também, dos responsáveis pelo processo licitatório (DIAS, 2014).

Tal exigência de uma minuciosa descrição do bem a ser adquirido é uma exigência legal, constante no art. 14 da Lei Geral das Licitações – Lei nº 8.666/93, que dispõe que nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização sob pena de nulidade. Com o intuito de ilustrar o que aqui se defende, é relevante citar o exemplo a seguir:

Digamos que um órgão deseja adquirir pasta arquivo e para isso descreve o item da seguinte forma: Pasta Arquivo registrador tipo AZ, tamanho memorando, dimensões 250 mm x 280 mm x 85 mm. No momento da licitação, vários fornecedores apresentaram propostas e em alguns casos oferecendo material de qualidade superior ao exigido, mas também com preços maiores, porém o Fornecedor B que ofereceu o menor preço apresentou um produto que condizia perfeitamente com a descrição, consequentemente sendo declarado vencedor do certame. Em momento seguinte, quando o usuário do item recebeu o material para utilização se queixou que o produto era de baixa qualidade e que não iria atender plenamente sua necessidade, pois o papel utilizado na confecção da pasta era muito fino e que só se atenderia se fosse confeccionado em papelão prensado.

Analisando o caso acima, seria muito comum afirmar que se comprou um item de baixa qualidade porque se optou pela proposta de menor preço, em detrimento de outras mais caras, porém de melhor qualidade. Contudo, esta análise é errônea, pois se comprou mal porque a especificação não trazia todas as informações relevantes, caso houvesse a previsão do papelão prensado, o Fornecedor B deveria ser desclassificado do certame, independentemente do preço ofertado (BRSCAN, 2010, p. 02).

Sendo assim, é errônea, conforme a ilustração, de que a Administração Pública faz negócios de má qualidade em virtude da tipo *menor preço* nos certames eletrônicos. Embora seja relativamente vedada a escolha de marcas dos produtos nos processos licitatórios (Artigos 7º, § 5º e 15, § 7º da Lei nº 8.666/93), o que poderia ensejar privilégios, pode-se alegar o princípio da padronização de um bem já utilizado, sem que isso configure ilegalidade. Tal doutrinação é endossada por Dora Maria de Oliveira Ramos (2005) em seu exemplo:

Imagine-se a seguinte hipótese: para desenvolver uma dada pesquisa, foi adquirida uma determinada matéria-prima, um reagente químico específico. Se para a continuidade da pesquisa for necessária nova aquisição, poder-se-ia fazer a indicação da marca desejada na hipótese de outra marca qualquer, similar à inicialmente adquirida, implicar possibilidade de desvio do resultado já obtido inicialmente. Nessa hipótese, se o fato estiver justificado nos autos, legal será a opção de marca pela Administração, posto que apenas um determinado produto reúne condições de atender a contento a necessidade específica do órgão público (p. 49).

Para evitar contratações que não sejam interessantes à Administração Pública, importa destacar que embora o pregão eletrônico funcione como um leilão às avessas, a proposta mais vantajosa nem sempre consiste naquela que apresente o menor preço, mas na que atenda aos interesses da entidade licitante de forma satisfatória.

Dessa maneira, não atende ao interesse público a proposta inexecutável, que é aquela que, em razão do seu preço excessivamente baixo, não é suficiente para custear a prestação pretendida pela Administração, ocasionando, caso contratada, o inexorável inadimplemento da obrigação pelo fornecedor.

A inexecutabilidade da proposta deve ser aferida na fase da análise da aceitabilidade das propostas, podendo o pregoeiro e sua equipe de apoio utilizar como parâmetro o termo de referência, que demonstra o valor de mercado do objeto licitado ainda na fase interna do pregão.

De se ressaltar que a rejeição ao preço inexecutável, embora num primeiro momento pareça lesiva ao erário, posto que se estaria rejeitando proposta mais barata, está em absoluta conformidade com o interesse público, ao impedir que a Administração venha a contratar com quem não tenha condições de cumprir integralmente a obrigação, gerando prejuízos a médio e longo prazo (RAMOS, 2005, p. 172)

Embora o valor constante do termo de referência não possa ser tido como preço mínimo, de modo a permitir a imediata desclassificação das propostas com preços inferiores, é, indubitavelmente, o parâmetro que deverá nortear a avaliação da inexequibilidade. Para tanto, todavia, deverá a Administração definir objetivamente o que será considerado nessa avaliação, sendo imprescindível, também por este motivo, a minuciosa descrição do objeto (DIAS, 2014).

Com fundamento na Lei de Licitações, em seu art. 48, inc. II, a proposta com preço inferior aos custos estimados na fase interna do pregão deverá ter sua viabilidade demonstrada por documentos “que comprovem que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação”.

A par disso, o § 3º do art. 44 do mesmo diploma legal estabelece que:

§ 3º Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração.

Consideradas as respectivas questões, a problemática das compras de baixa qualidade poderá ser minimizada grandemente a partir de uma maior integração entre o requisitante e o setor de licitações, composto pelos pregoeiros e pela equipe de apoio. Dessa forma, a maior aproximação entre estes agentes públicos poderá propiciar a supressão de eventuais falhas na especificação do objeto, impedindo, assim, uma má compra. Afastando ainda a hipótese, frequente e inaceitável, de revisão contratual ao fundamento de aumento imprevisível dos insumos de produção.

5. Conclusão

Conforme observamos, a modalidade denominada pregão, que pode ser utilizada para uma infinidade de bens denominados comuns, trouxe inúmeros benefícios para a Administração Pública. Com um Estado cada vez mais complexo e necessitado de contratações, o pregão torna os certames mais céleres em virtude de sua sequência procedimental, além de que, funcionando como um leilão às avessas, os licitantes disputam entre si, dando lances e diminuindo os preços das propostas, trazendo uma enorme economia aos cofres públicos. Cabe ainda ressaltar que o pregão não possui um valor limite para sua utilização, já que o mesmo é utilizado tendo em vista a natureza “comum” dos bens e serviços, dessa maneira, possibilitando seu uso para certames dos mais diversos produtos.

Se o pregão já realizou uma efetiva transformação do universo licitatório no país, o pregão eletrônico ampliou ainda mais esse viés de dinamicidade das compras públicas. A modalidade proporcionou uma maior economia tanto para a Administração Pública quanto para os licitantes, já que não ocorre uma sessão presencial solene para fins de disputa, a qual demanda toda uma preparação de pessoal e de local, além dos custos de deslocamento. O único gasto é o próprio acesso à *internet*, a qual, nos dias atuais, é cada vez mais necessária à vida em sociedade.

Sendo assim, por meio da modalidade eletrônica, ampliou-se o número de fornecedores dispostos a contratar com a esfera pública, tornando as disputas licitatórias mais competitivas e vantajosas para a Administração, o que propiciou sua obrigatoriedade relativa no âmbito Federal.

Adentrando em tal esfera cibernética, o Estado busca se modernizar e aproveitar as vantagens das novas tecnologias. No entanto, também está propício a sofrer problemas em virtude de tal transformação, o que é natural e necessário para a adaptação do setor público em tal meio.

Nesse contexto, surgem discursos calorosos em torno do uso da pregão eletrônico, de modo que nos preocupamos em apontar temas muitas vezes polêmicos no presente trabalho, a fim de demonstrar que o Estado, ao fazer uso de tais tecnologias, deve buscar sempre aprimoramento evitando atividades fraudulentas nas disputas e atentar para questões de isonomia frente às disparidades tecnológicas, já que tal universo está intimamente ligado à modernização e aumento de possibilidades. Desse

modo, mudanças pontuais poderão ser necessárias no instituto com o intuito de acompanhar o fluxo de inovações.

Por fim, ressalta-se que mesmo com alguns temas propícios de polêmicas, o advento do pregão eletrônico trouxe enormes vantagens para a Administração Pública. E , com base nas experiências advindas do recente histórico de utilização, pode-se dizer, sem sombra de dúvidas, que as vantagens são superiores aos obstáculos e deficiências de sua utilização.

6. Referências Bibliográficas

BONO, Adriel. **A problemática dos robôs no Pregão Eletrônico**, São Paulo.2012. Disponível em <http://www.institutocertame.com.br/in-03-robos-pregao-eletronico> acesso dia 05 de junho de 2016.

BRASIL. **Constituição da república Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 8 de Outubro de1988.

BRASIL. **Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instrução Normativa nº 3, de 16 de dezembro de 2011**. Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 19/12/2011. Seção 1, p. 720.

BRSCAN, Ivan Marinovic. **O Governo compra mal porque compra pelo menor preço?**Ano:2010.Disponível em < <http://www.webartigos.com/articles/29091/1/O-Governo-compra-mal-porque-compra-pelo-menor-preco/pagina1.html> acesso em 15 de junho de 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito Administrativo**- 28 ed. São Paulo, Atlas, 2015.

DIAS, Mariana Dattoli Gouveia. **O problema das compras de baixa qualidade decorrentes da utilização do pregão eletrônico**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 22 maio 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.48198&seo=1>

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

Ferreira, Neto, Francisco Damasceno. *In O Pregão – Conceitos Fundamentais, L&C – Revista de Direito e Administração Pública*, Consulex, 2003.

FORTUNA, Marcos Rogério. **Pregão eletrônico: economia, Celeridade e Transparência nas Contratações Públicas**/ Marcos Rogério Fortuna. Brasília, 2015.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007

Jacoby Fernandes, Jorge Ulisses. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**.5.ed.rev.atual.e ampl. Belo Horizonte:Fórum,2013

Justen Filho, Marçal. *In Pregão (Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, 2. ed.*, revista e atualizada de acordo com a Lei nº 10.520/2002, S. Paulo, Dialética, 2003, p. 223).

LIMA, Welder Rodrigues. **Combate à fraude nos pregões eletrônicos**. Conteúdo Jurídico, Brasília- DF.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**, 2ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. 3a ed. Malheiros: São Paulo, 1992.

MENDES, Renato Geraldo. **Lei de licitações e contratos**. Curitiba, Zenite, 2011.

NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NIEHBUHR, Joel de Menezes. “Carona” em ata de registro de preços: atentado veemente aos princípios de direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 46, 2005.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira Ramos. **Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos**. São Paulo: Malheiros, ed. 1, 2005.

Revista ISTOÉ-Independente– Golpe no pregão eletrônico, edição 2168, de 27 de maio de 2011.

SOARES, Agnelo Rocha Nogueira. **A legalidade da exigência de cadastramento dos licitantes no SICAF para as contratações realizadas por meio do pregão eletrônico**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 97, fev 2012.

Santana, Jair Eduardo. **Pregão presencial e eletrônico: sistema de registro de preços: manual de implantação. Operacionalização controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

VIEIRA, Michele Roque. **Licitações : a vantagem do pregão eletrônico nas licitações**. (2010)