

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Daniel Fich de Almeida

LICITAÇÃO - O PREGÃO E SUA AMPLIAÇÃO PARA
CONTRATAÇÃO DE OUTROS BENS E SERVIÇOS

Lagoa Vermelha
2013

Daniel Fich de Almeida

LICITAÇÃO - O PREGÃO E SUA AMPLIAÇÃO PARA
CONTRATAÇÃO DE OUTROS BENS E SERVIÇOS

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação do professor Me. Sergio Menegaz.

Lagoa Vermelha
2013

A minha família pelo apoio imensurável.
Vocês sonharam esse sonho comigo,
por isso essa conquista é nossa.

AGRADECIMENTOS

A Deus, fonte da sabedoria e autor da vida,
por estar sempre comigo.

Ao Prof. orientador, Me. Sergio Menegaz, pela amizade,
apoio e orientação na realização desse trabalho.

Aos meus Pais, João Teles e Rosiméri,
por me ensinarem o valor da honestidade,
do trabalho e por me conduzirem aos caminhos da fé.

A minha esposa Adriana, pelo amor, apoio e compreensão.
A sua companhia e incentivo,
foram o combustível para que chegasse até aqui.
Te amo.

Ao meu filho Mateus Yan, que na inocência da sua tenra idade,
em muito momentos foi privado do convívio com o pai.
Te amo.

A todos que de alguma forma contribuíram para
a realização desse trabalho.

Aquele que anda corretamente e fala o que é reto,
que recusa o lucro injusto, cuja mão não aceita suborno,
que tapa os ouvidos para as tramas de assassinatos
e fecha os olhos para não contemplar o mal,

é esse o homem que habitará nas alturas;
seu refúgio será a fortaleza das rochas;
terá suprimento de pão e água não lhe faltará.

Isaías 33: 15-16

RESUMO

Esta monografia trata do instituto da licitação, especificamente da modalidade licitatória denominada pregão. O estudo está pautado nas normas presentes e norteia-se basicamente pela Constituição Federal, Lei nº 8.666/93, Lei nº 10.520/02, Decreto nº 3.555/00 e Decreto nº 5.450/05. A interpretação das normas legais é feita com base na doutrina e princípios gerais da Administração Pública e específicos da licitação. Após discorrer sobre o conjunto principiológico e mesmo que de forma sucinta sobre as diversas modalidades de licitação o estudo enfatiza a modalidade pregão. No tocante ao pregão analisa-se a sua evolução legislativa, vantagens e desvantagens, posição doutrinária a respeito da conceituação de bens e serviços comuns, o pregão em obras e serviços de engenharia, entre outros. Por fim esse trabalho analisará a possibilidade de ampliar o uso do pregão para outras formas de compras e contratações que não aquelas consideradas bens e serviços comuns. Em suma, o objetivo desse estudo é discorrer sobre as licitações públicas, com o enfoque na moderna e ágil modalidade que atualmente dispõe a Administração Pública, que é o pregão, em especial na forma eletrônica. Escolhemos o método de abordagem dialético desenvolvido através da pesquisa bibliográfica e valendo-se dos métodos auxiliares, histórico e estatístico, concluímos que o pregão tem gerado inúmeros benefícios para os licitantes, Administração Pública e para a sociedade de uma forma geral. Dessa conclusão decorre a sugestão de ampliá-lo para outras formas de compras e contratações.

Palavras-chave: Administração Pública. Bens e serviços comuns. Licitação. Pregão. Pregão Eletrônico.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 LICITAÇÃO: CONCEITO, EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO E PRINCÍPIOS.	11
1.1 Conceito.....	11
1.2 Breve histórico da legislação sobre licitações no Brasil.....	13
1.3 Princípios do processo licitatório	15
2 MODALIDADES DE LICITAÇÃO	35
2.1 Concorrência.....	35
2.2 Tomada de preços.....	36
2.3 Convite	37
2.4 Concurso.....	38
2.5 Leilão.....	39
2.6 Pregão	40
2.6.1 Conceito.....	41
2.6.2 Breve histórico sobre a legislação do pregão no Brasil.....	42
2.6.3 Espécies de pregão.....	43
2.6.4 O pregão como licitação de menor preço	50
2.6.5 Breve análise de bens e serviços comuns	51
2.6.6 Etapas procedimentais do pregão	52
2.6.7 Inversão das fases	53
3 DA APLICABILIDADE DO PREGÃO E SUA AMPLIAÇÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE OUTROS BENS E SERVIÇOS	55
3.1 Bens e serviços comuns.....	55
3.2 Da obrigatoriedade da utilização do pregão	57
3.3 Vantagens e desvantagens do pregão	58
3.4 O pregão como instrumento da eficiência e da economicidade	63
3.5 O pregão para obras e serviços de engenharia.....	67
3.6 Da ampliação do pregão para outros bens e serviços	69
CONCLUSÃO.....	75
REFERÊNCIAS	78

INTRODUÇÃO

Em um Estado Democrático como o Brasil em todas as suas esferas, ou seja, federal, estadual e municipal, é imprescindível a realização de atividades que permitam a prestação de serviços públicos a fim de atender os fins sociais do Estado. Para suprir essas demandas, o ente público precisa continuamente realizar contratações, adquirir bens e serviços, outorgar concessões e permissões. Para isso a forma utilizada pela Administração Pública para celebrar tais contratos em regra é a licitação pública.

Nesse contexto os princípios do Direito Administrativo são indispensáveis para a boa gestão do erário público, visto que os gestores, sejam aqueles eleitos para mandatos temporários, ocupantes de cargos de confiança e funcionários de carreira, precisam zelar pelo interesse público, atender os anseios e demandas da sociedade e ao mesmo tempo seguir estritamente o ordenamento jurídico e os princípios norteadores da Administração Pública. Dessa forma, diante da responsabilidade dos administradores perante a Lei, uma atuação voltada ao bem estar social, sempre norteada pela supremacia do interesse público é o mínimo que a sociedade exige em contrapartida a confiança por ela neles depositada.

Diante desse controle social, bem como diante da possibilidade/necessidade de se obter um resultado eficiente no que diz respeito às contratações realizadas pela Administração Pública, esta precisa colocar em prática uma gama de procedimentos e normas instituídos por leis, objetivando contratar com as partes interessadas no oferecimento de tais compromissos. Eis a viabilidade desse estudo. A licitação é sem dúvida um dos mais importantes institutos do Direito Administrativo.

As licitações como um todo são regidas pela Lei nº 8.666/93 que prevê cinco modalidades licitatórias: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. Essas modalidades tradicionais são marcadas pela morosidade, maior probabilidade de erros e menor transparência, o que acaba expondo as contratações públicas a corrupção, além de dificultar a efetivação de alguns direitos a população em face da burocracia e da já mencionada morosidade.

A introdução do pregão entre as modalidades de compras praticadas pelas esferas da administração pública, inicialmente no âmbito da União, através da Medida Provisória nº 2.026/2000, regulamentada pelo Decreto nº 3.555/2000 e instituída no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios pela Lei nº 10.520/2002, permitiu que a licitação

passasse a se realizar em menor tempo e com mais economia. Por esses motivos o pregão está sendo cada vez mais aplicado pelos órgãos e empresas do governo, e até mesmo por empresas privadas.

A partir desse contexto é que se pretende investigar o instituto da licitação, especialmente a modalidade pregão, que vem se apresentando como a mais vantajosa entre as modalidades existentes. A modalidade de licitação pregão situa-se como espécie do gênero licitação que corresponde à forma legal da Administração Pública contratar com particulares, seja adquirindo ou alienando bens. De forma simplificada pode-se dizer que a licitação é ao mesmo tempo a porta de entrada e saída para bens e serviços junto aos órgãos públicos.

Dito isso, após breve análise dos princípios e das diversas modalidades de licitação, analisamos a forma específica denominada pregão, em especial o eletrônico. O problema a ser investigado neste trabalho reside na possibilidade de ampliar o pregão para a contratação de outros bens e serviços, assim, após verificar seus aspectos específicos e os resultados práticos da modalidade, passamos ao estudo da possível ampliação de sua aplicabilidade. Nesse sentido destaca-se a necessidade do Estado ampliar os mecanismos de transparência, pois acreditamos que a moralização dos gastos públicos, dentre outros fatores, depende diretamente da transparência, e o pregão vem demonstrando ser uma importante ferramenta a serviço da transparência nas compras públicas.

Ao mesmo tempo tenta-se comprovar que o pregão é uma ferramenta capaz de produzir grande economia para os cofres públicos, visto ser essencialmente uma modalidade licitatória do tipo menor preço.

As estatísticas apresentadas nesse trabalho demonstram que com o pregão a Administração tem alcançado níveis extremamente relevantes de economicidade, isso possibilita que a Administração observe o princípio da eficiência, e ao mesmo tempo, através da economia gerada pelas compras a menor preço, aplique os recursos em políticas públicas capazes de gerar mais qualidade de vida.

Para melhor compreensão do leitor, estruturou-se o trabalho em três capítulos. O primeiro contextualiza o estudo, apresentando conceitos doutrinários, a evolução histórica e cronológica da legislação e os princípios aplicáveis ao instituto da licitação. O segundo apresenta as modalidades de licitação, adentrando no estudo do pregão através da sua conceituação, legislação específica, espécies, etapas procedimentais, etc. O terceiro e último capítulo discorre sobre a obrigatoriedade, vantagens e desvantagens do pregão, conceito de

bens e serviços comuns e a possibilidade de ampliar a utilização do pregão, passando a admiti-lo para a contratação de outros bens e serviços que não os considerados comuns.

Utilizamos o método de abordagem dialético desenvolvido através da pesquisa bibliográfica, bem como pesquisa de campo desenvolvida em sites oficiais. De forma auxiliar adotamos o método estatístico para que ao fim possamos estabelecer relações entre o pregão e a economicidade conforme resumida amostra contida em tabelas inclusas nesse trabalho. Através do método histórico, traçamos a evolução história do instituto da licitação na legislação brasileira, bem como a evolução legislativa exclusiva do pregão.

Se o pregão caracteriza-se pelos bons resultados por que não ampliá-lo para outras formas de contratações? Por que não aproveitá-lo para aquisição de outros bens e serviços que não os considerados comuns? É isso que discutiremos nesse trabalho de forma específica no terceiro capítulo.

1 LICITAÇÃO: CONCEITO, EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO E PRINCÍPIOS.

Inicialmente trataremos de conceituar o instituto, bem como fazer uma breve análise cronológica da legislação que regulamenta a licitação no Brasil. Seguindo essa ordem finalizaremos o primeiro capítulo com a apreciação dos princípios que regem o processo licitatório.

1.1 Conceito

Sabemos que é através da licitação que os órgãos públicos podem adquirir ou alienar bens e serviços. A fim de melhor compreendermos o instituto, faz-se necessário inicialmente conceituar o mesmo. Felizmente encontramos ampla e conceituada produção doutrinária a respeito do tema.

Na precisa definição de Celso Antônio Bandeira de Mello,

Licitação - em suma síntese - é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas.¹

Para Hely Lopes Meirelles,

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse, inclusive o da promoção do desenvolvimento econômico sustentável e fortalecimento das cadeias produtivas de bens e serviços domésticos. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. revista e atualizada até a Emenda Constitucional 56, de 20.12.2007 São Paulo: Malheiros, 2008, p. 514.

fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. Tem como pressuposto a competição.²

De maneira geral, o instituto da licitação não é uma faculdade do órgão público, diante disso, obedece a critérios pré-fixados, possui regulamentação própria e busca fins específicos. Para Diogenes Gasparini, através da licitação o órgão licitante seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato ou ato de seu interesse, desde que atendidos os critérios objetivos previamente estabelecidos no edital, pelos interessados que tenham atendido à sua convocação.³

Por fim, e com o objetivo de ampliar a conceituação doutrinária, embora haja consenso entre os autores pesquisados, pelo menos no que diz respeito à finalidade da licitação, qual seja, obter a melhor proposta, entendemos oportuno reproduzir ainda as palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

[...] pode-se definir a licitação como 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 entre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato.⁴

Diante dos conceitos apresentados entende-se que a licitação possui de fato dois objetivos, quais sejam: selecionar a proposta mais vantajosa às entidades governamentais e permitir a qualquer interessado em celebrar contratos com a Administração a participação no certame, garantindo o respeito à isonomia.

Também é importante lembrar que a Administração deve agir sempre com observância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, além de alguns princípios implícitos como o da competitividade, o do procedimento formal, o do sigilo das propostas e o da adjudicação compulsória.

² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo**. 38ª ed. atual. por Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 287.

³ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 533.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 331.

Dessa forma, pode-se afirmar que a licitação é um procedimento específico promovido pelo Poder Público, que tem como objetivo a escolha de um contratante com a Administração Pública, que será aquele que apresentar a proposta mais vantajosa.

1.2 Breve histórico da legislação sobre licitações no Brasil

Antes de adentrarmos ao estudo dos princípios que regem o processo licitatório, faz-se necessário recordarmos a evolução histórica da legislação que rege o instituto no Brasil.

O doutrinador Jorge Ulisses Jacoby Fernandes⁵ cita Carlos Pinto Coelho Motta que atribui à origem da licitação às Ordenações Filipinas de 1592, segundo o qual, o pregão foi uma das primeiras práticas de licitações públicas. No Brasil, segundo Giovanna Gabriela do Vale Vasconcelos⁶, o procedimento licitatório está em vigor desde o século XIX, mais precisamente há 151 anos, visto que foi introduzido no ordenamento pátrio pelo Decreto nº 2.926, de 14.05.1862. Posteriormente, após diversas alterações legislativas, o procedimento licitatório veio a ser consolidado, pelo menos no âmbito federal, pelo Decreto nº 4.536, de 28.01.1922, que organizou o Código de Contabilidade da União, em especial nos seus artigos 49 e 50⁷.

Desde então o procedimento licitatório evolui, ganhou força e aplicabilidade, sendo sistematizado de forma detalhada através do Decreto-Lei nº 200, de 25.02.1967, que no seu título XII tratava das normas relativas a licitações para compras, obras, serviços e alienações.

Futuramente, após quase 20 anos de vigência, o Decreto-Lei nº 200/67, foi substituído integralmente pelo Decreto-Lei nº 2.300 de 21.11.1986, esse, com as devidas atualizações, ocorridas em 1987, pelos Decretos-Lei nº 2.348 e nº 2.360, trouxe além das normas gerais, normas específicas sobre a matéria.

⁵ FERNANDES, 2008 apud COELHO. J. U. Jacoby Fernandes. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 3º ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 409.

⁶ VASCONCELOS, Giovanna Gabriela do Vale. A Garantia Constitucional da Licitação na Modalidade Pregão na Forma Eletrônica. **Direito Público**. Disponível em: <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/419/905>. Acesso em: 14.08.2013.

⁷ Art. 49 - Ao empenho da despesa deverá preceder contracto[sic], mediante concorrência[sic] pública:

- a) para fornecimentos, embora parcellados[sic], custeados por credito superiores a 5:000\$000;
- b) para execução de quaesquer[sic] obras publicas de valor superior a 10:000\$000.

Art. 50 - A concorrência[sic] pública far-se-á por meio de publicação no Diário Oficial[sic], ou nos jornaes[sic] officiaes[sic] dos Estados, das condições a serem estipuladas e com a indicação das autoridades encarregadas da adjudicação, do dia, hora e logar[sic] desta. Disponível em:

<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/103694/decreto-4536-22> Acesso em 13 de agosto de 2013

Nessa sequência cronológica surge a Constituição Republicana de 1988. Essa, por sua vez, promoveu mudanças significativas no tocante ao instituto da licitação, dentre as quais, a incidência obrigatória da mesma, ressalvadas as hipóteses legais, nas alienações realizadas pela Administração Pública direta e indireta de todos os poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Em 21.06.1993, a Lei nº 8.666, conhecida como Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos, veio regulamentar o art. 37, inciso XXI⁸ da Constituição Federal de 1988. Essa lei passou a disciplinar as modalidades de licitação, os requisitos para habilitação de fornecedores, as punições para os que descumprem a lei, além de vincular a abertura do processo licitatório à disponibilidade orçamentária do órgão.

Posteriormente a Lei nº 8.666/93 sofreu algumas alterações pelas Leis nº 8.883/1994, nº 9.648/1998, nº 9.854/1999, nº 11.107/2005, dentre outras, no entanto, nenhuma dessas alterações promoveu grandes mudanças no seu conteúdo principal.

Dando continuidade a natural e saudável evolução legislativa, atendendo inclusive ao princípio da eficiência administrativa, a Medida Provisória nº 2.026/2000, instituiu nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, uma nova modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, a qual chamou de pregão. Essa por sua vez seria regulamentada pelo Decreto nº 3.555/2000, que submeteu apenas a União e suas entidades ao seu teor. A medida provisória que originou o pregão, após 14 reedições consecutivas, em 2002 converter-se-ia na Lei Federal nº 10.520, que com as devidas alterações até os dias de hoje rege o pregão.

Em 31 de maio de 2005 foi publicado o Decreto nº 5.450, que alterou a lei do pregão, em especial quanto à obrigatoriedade do mesmo e a preferencialidade da sua forma eletrônica em detrimento da presencial. Veremos que a utilização dos recursos tecnológicos a serviço do pregão eletrônico acabou por dar mais eficiência, transparência e controle aos atos administrativos licitatórios, além de desburocratizar a contratação dos ditos bens e serviços comuns.

Atualmente, diversos projetos de lei visam alterar o estatuto das licitações. Em debate há 18 anos, o PL nº 1.292/1995 se encontra aguardando análise de parecer na Comissão de

⁸ Art. 37, XXI, CF/88 - Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações;

Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). Originário do Senado Federal o PL nº 1.292, ao qual já foram apensados quase uma centena de projetos semelhantes, altera a Lei nº 8.666/1993, para, segundo a confederação nacional dos municípios⁹, tornar o processo de compras públicas mais rápido, transparente e menos sujeito a fraudes e irregularidades.

Segundo o atual relator na CCJC, deputado Fabio Trad (PMDB-MS), “O novo texto pretende corrigir problemas estruturais que se tornaram crônicos em virtude do mau comportamento ético de autoridades em conluio com empresas”¹⁰.

No texto atual, inúmeras alterações são apresentadas, dentre as quais se destacam as pertinentes a transparência, subcontratações, questões ambientais, além da inclusão da modalidade pregão na lei, que cria o inciso VI no artigo 22 da Lei nº 8.666/1993. No entanto conforme o novo texto o pregão continuará regulamentado pela legislação específica.

1.3 Princípios do processo licitatório

Inicialmente convém destacar que os princípios do processo licitatório são princípios aplicáveis a todo o Direito Administrativo, muitos deles vêm expressos na Constituição Federal no artigo 37 e na Lei nº 8.666/93, no seu artigo 3º, no entanto ainda há outros implícitos na própria constituição e na lei.

Os princípios norteadores da licitação vinculam-se diretamente ao artigo 37 da CF e indiretamente a inúmeros outros dispositivos constitucionais.¹¹ Embora alguns dos princípios do Direito Administrativo estejam expressos na constituição, isso não ocorre com todos, além do mais, como leciona Diogenes Gasparini, “normalmente os princípios não são encontráveis no Direito Positivo. Este, quando muito, apenas os menciona como faz o art. 37 da Constituição Federal”.¹²

Por isso dividiremos a apresentação dos princípios em: princípios expressos e outros princípios aplicáveis ao processo licitatório.

⁹ Disponível em: <http://www.cnm.org.br>. Acesso em 15 de agosto de 2013.

¹⁰ loc. cit.

¹¹ FILHO, Marçal Justen. **Comentários a Lei de Licitações e contratos Administrativos**, 12º ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 57.

¹² GASPARINI, **Direito Administrativo**, p. 60.

1.2.1 Princípios expressos aplicáveis ao processo licitatório

Por não haver uniformidade entre os doutrinadores na indicação dos princípios informativos da licitação, apresentaremos um apanhado dos princípios, fundindo a doutrina de Hely Lopes Meirelles, Diogenes Gasparini, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Lúcia Valle Figueiredo, Celso Antônio Bandeira de Mello e Marçal Justen Filho.

Sem adentrar nas subdivisões e sem aprofundar a pesquisa etimológica do termo princípio, ao qual Diogenes Gasparini trata como “conjunto de proposições que alicerçam ou embasam um sistema e lhe garantem validade”¹³, partiremos diretamente para a análise dos princípios norteadores de todo processo licitatório, tendo como base a doutrina produzida pelos exímios autores, oportunamente citados no parágrafo acima.

1.2.1.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade está expresso na Constituição Federal no seu artigo 37, *caput*, e diante do mesmo os agentes públicos não podem agir discricionariamente, salvo nos casos em que a própria lei autoriza, no entanto, como regra devem pautar sua atuação estritamente nos ditames legais, e o desrespeito a tal princípio por conseguinte poderá acarretar a invalidade do ato.

Nesse sentido é a lição Diogenes Gasparini, “qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe à anulação.”¹⁴

Ainda nessa seara, convém destacar que a Administração Pública não goza de total liberdade, visto que o princípio da legalidade atua como limitador das praticas permitidas e/ou vedadas aos entes públicos. Se o particular pode fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração Pública só pode fazer aquilo que a lei autoriza e mesmo autorizando, deve-se levar em conta as situações, o momento e todo o conjunto principiológico.¹⁵

¹³ GASPARINI, *Direito Administrativo*, p. 60.

¹⁴ *Ibidem*, p. 61.

¹⁵ GASPARINI, *Direito Administrativo*, p. 61.

O princípio da legalidade está intimamente ligado ao direito público subjetivo, expresso no artigo 4º da Lei nº 8.666/1993¹⁶, o qual garante o direito do participante à fiel observância do procedimento legal, e ainda garante a qualquer cidadão, desde que não interfira, o acompanhamento do desenvolvimento da licitação.¹⁷

Não obstante, a lei de licitações elencou em seus artigos várias situações em que o cidadão pode diretamente buscar junto ao órgão promotor da licitação, sem afastar a possibilidade de recorrer ao judiciário, o controle de legalidade do procedimento.

Assim leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

[...] mais do que direito público subjetivo, a observância da legalidade foi erigida em interesse difuso, passível de ser protegido por iniciativa do próprio cidadão. É que a Lei nº 8666/93 previu várias formas de participação popular no controle de legalidade do procedimento (arts. 4º, 41, § 1º, 101 e 113, § 1º), ampliou as formas de controle interno e externo e definiu como crime vários tipos de atividades e comportamentos que anteriormente constituíam, em regra, apenas infração administrativa (arts. 89 a 99) ou estavam absorvidos no conceito de determinados tipos de crimes contra a administração (Código Penal) ou de atos de improbidade, definidos pela Lei nº 8.429, de 2-6-92.¹⁸

Tratando especificamente de licitações, tal princípio funciona como requisito fundamental uma vez que deve ser respeitado inclusive nos casos de dispensa e inexigibilidade. Dessa forma é imprescindível que a legalidade impere em qualquer processo licitatório.

¹⁶ Lei nº 8.666/93, 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.

¹⁷ DI PIETRO, **Direito Administrativo**, p. 339.

¹⁸ DI PIETRO, loc. cit.

1.2.1.2 Princípio da impessoalidade

O princípio da impessoalidade está também previsto expressamente no *caput*, do artigo 37, na Constituição Federal. A impessoalidade deve imperar no tratamento a qualquer administrado, visto que a atividade administrativa não visa um cidadão específico, ou mesmo um grupo deles, mas sim a todos indistintamente.

Tratando de impessoalidade de forma ampla na Administração Pública, Diogenes Gasparini afirma que tal princípio tem o objetivo de quebrar o velho costume do atendimento do administrado em razão de seu prestígio ou porque a ele o agente público deve alguma obrigação.¹⁹

Direcionando o estudo do princípio ao instituto da licitação, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma,

[...] o princípio da impessoalidade aparece na licitação, intimamente ligado aos princípios da igualdade e do julgamento objetivo: todos os licitantes devem ser tratados igualmente em termos de direitos e obrigações, de forma que a Administração, em suas decisões, deve basear-se em critérios objetivos, sem considerar as condições pessoais dos licitantes ou as vantagens por ele oferecidas, salvo as expressamente previstas na lei ou no instrumento convocatório.²⁰

Assim, a impessoalidade visa à obtenção dos fins desejados na licitação, sem levar em conta aspectos pessoais ou individuais dos participantes do processo licitatório, de forma que, qualquer cláusula, atitude ou julgamento que privilegie determinado participante em detrimento de outros, indubitavelmente estará ferindo o princípio da impessoalidade.

¹⁹ GASPARINI, **Direito Administrativo**, p. 63.

²⁰ DI PIETRO, **Direito Administrativo**, p. 339.

1.2.1.3 Princípio da moralidade

Não obstante as frequentes notícias que enfatizam a corrupção em nosso país, o respeito à moralidade administrativa é requisito não apenas para o processo licitatório, como para qualquer ato relacionado a Administração Pública, se não vejamos, o princípio da moralidade vem expresso no caput do artigo 37 da CF, constituindo assim, juntamente com outros princípios, a regra geral para que a Administração Pública desempenhe fielmente suas funções.

Lúcia Valle Figueiredo apresenta o princípio da moralidade como conjunto de regras de conduta da administração, tornando-se tais regras, a conduta desejada pela sociedade, em relação aos seus administradores.²¹

O ilustre doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello afirma sobre o princípio da moralidade, “significa que o procedimento licitatório terá que se desenrolar na conformidade dos padrões éticos prezáveis, o que impõe, para a Administração e licitantes, um comportamento escorreito, liso, honesto, de parte a parte.”²²

Marçal Justen Filho, por sua vez ensina,

A moralidade e a probidade administrativas são princípios de conteúdo inespecífico, que não podem ser explicados de modo exaustivo. A explicitação, nesse ponto, será sempre aproximativa. Extrai-se a intenção legislativa de que licitação seja norteadada pela honestidade e seriedade. Exige-se a preservação do interesse coletivo acima do egoístico interesse dos participantes da licitação ou da mera obtenção de vantagens econômicas para a própria Administração.²³

Pode-se dizer que o princípio da moralidade é hoje requisito indispensável para o fiel desempenho da gestão pública, haja vista que a própria Constituição Federal elenca no seu

²¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed. Revista, ampliada e atualizada até a emenda constitucional 56/2007. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 57.

²² MELLO, **Curso de Direito Administrativo**, p. 525.

²³ FILHO, **Comentários a Lei de Licitações e contratos Administrativos**, p. 72.

artigo 5º, inciso LXXIII²⁴, a possibilidade de por meio de ação popular, qualquer ato administrativo ser anulado por ferir a moralidade administrativa.

Além do mais o gestor público deve sempre priorizar a busca da moral, da ética, do bom senso, ou seja, deve orientar-se não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum, conhecendo as fronteiras do lícito e do ilícito, do justo e do injusto, sob pena de, ao não agir com probidade sofrer sanções, conforme dispõe o parágrafo 4º do art. 37 da Constituição Federal²⁵ e especificado na Lei de Improbidade Administrativa.²⁶

Em resumo, não se pode falar em processo licitatório, sem que o mesmo seja pautado integralmente pelo princípio da moralidade.

1.2.1.4 Princípio da publicidade

O princípio da publicidade, além de expressamente previsto na Constituição Federal, no artigo 37, *caput*, também está previsto na Lei nº 8.666/93, no seu artigo 3º e tem o condão de proporcionar a divulgação de todos os atos praticados por ocasião do processo licitatório, desde o edital até o resultado do julgamento, de modo a facilitar aos pretendes a participação no primeiro caso, bem como aos participantes do processo licitatório os recursos administrativos e as vias judiciais cabíveis.

Hely Lopes Meirelles entende que o princípio da publicidade abrange todos os atos licitatórios, ou seja, “[...] desde os avisos de sua abertura até o conhecimento do edital e seus anexos, o exame da documentação e das propostas pelos interessados e o fornecimento de certidões de quaisquer peças, pareceres ou decisões com ela relacionadas”.²⁷

Vale ressaltar que a publicidade além de permitir o acesso de qualquer interessado em participar, é uma das formas de controle do administrativo.

Nesse sentido adverte Marçal Justen Filho,

²⁴ Art. 5º, inciso LXXIII, CF/88 - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

²⁵ Art. 37, parágrafo 4º, CF/88 - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

²⁶ Lei Federal nº 8.429/92.

²⁷ MEIRELLES, *Direito Administrativo*, p. 292.

A publicidade desempenha duas funções. Permite o amplo acesso dos interessados ao certame. Refere-se nesse aspecto, à universalidade da participação do processo licitatório. Depois, a publicidade propicia a verificação da regularidade dos atos praticados. Parte-se do pressuposto de que as pessoas tanto mais se preocuparão em seguir a lei e a moral quanto maior for a possibilidade de fiscalização de sua conduta. Sendo ilimitadas as condições de fiscalização, haverá maior garantia de que os atos serão corretos.²⁸

Não se pode imaginar o que poderia ocorrer nas contratações públicas sem o princípio da publicidade, pois é através dele que o cidadão toma conhecimento da atuação de seus representantes e pode tomar atitudes quanto a eventuais desvios. A publicidade dos atos é exigência inegociável da população, que vê na transparência uma espécie de segurança, bem como barreira para as práticas nocivas a moralidade administrativa.

1.2.1.5 Princípio da eficiência

Falar em eficiência é falar de resultados. Um gestor eficiente é aquele que através da sua equipe de trabalho consegue alcançar os resultados necessários e aptos a atender as demandas de seus governados.

Não é por acaso que a língua portuguesa define eficiência como, “capacidade para produzir realmente um efeito”.²⁹ No âmbito da Administração Pública a eficiência ganhou status constitucional através da EC nº 19/1998 que inseriu o princípio no rol de princípios elencados no artigo 37, *caput*.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.³⁰

²⁸ FILHO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 352.

²⁹ Dicionário Priberam da Língua Portuguesa. Disponível em: <http://www.priberam.pt/DLPO/default.aspx?pal=efici%C3%A2ncia>. Acesso em 17 de agosto de 2013

³⁰ DI PIETRO, *Direito Administrativo*, 2008, p. 78.

Já o ilustre doutrinador Hely Lopes Meirelles, apresenta conceito bem mais resumido, no entanto igualmente profundo ao afirmar, “o princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional”.³¹

Dessa forma, embora a Administração Pública não siga o mesmo rumo das instituições privadas, visto que sua atuação deve ser previamente autorizada em lei, não se pode negar que ao deixar de atender os anseios de sua comunidade, inevitavelmente será rotulada como ineficiente.

1.2.1.6 Princípio da isonomia

O processo de licitação é uma atividade pública onde se faz necessário o respeito a princípios norteadores, dentre os quais está o princípio da igualdade, uma vez que, desde que cumpra os critérios fixados no edital, qualquer cidadão ou empresa pode participar do processo licitatório, e nem poderia ser diferente, pois se a legislação vigente possibilitasse a eleição de concorrentes determinados, possivelmente os índices de fraude e corrupção seriam ainda maiores.

O princípio da igualdade, em matéria de licitações, manifesta-se inicialmente no art. 37, inciso XXI, da Constituição da República, dessa forma, o princípio da igualdade, já consagrado no artigo 5º caput da carta magna³², evidentemente que se aplica a relação administração/cidadão ou administração/empresa, e, por conseguinte todos têm direito de receber da administração o mesmo tratamento, ressalvadas as exceções previstas na própria lei. É no art. 37, inciso XXI da carta magna, que a igualdade instaura-se especificamente no processo licitatório, configurando, nas palavras de Diogenes Gasparini, um dos mais importantes instrumentos de viabilização do princípio da igualdade.³³

A igualdade entre os licitantes é um princípio que tem o objetivo de impedir discriminação entre os participantes da licitação e até mesmo entre os que pretendem participar, visto que os princípios, por óbvio devem ser respeitados em todas as fases do

³¹ MEIRELLES, **Direito Administrativo**, p. 100.

³² Art. 5º, CF/88 - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]

³³ GASPARINI, **Direito Administrativo**, p. 75.

processo, incluindo a fase prévia onde se torna público o edital. Dito isso, observa-se a importância do referido princípio, pois o mesmo apresenta-se como instrumento hábil a coibir o favorecimento de uns em detrimento de outros mediante julgamento parcial, conforme se interpreta do disposto no artigo 3º, parágrafo 1º da Lei nº 8.666/93.³⁴

É necessário que a Administração trate todos de forma igual, haja vista não haver competição sem que exista igualdade entre os concorrentes. Esse é um dos objetivos do procedimento licitatório, qual seja, proporcionar à Administração Pública vantagem na contratação, e para que isso seja possível, deve-se dar oportunidade de qualquer interessado participar da licitação, desde que esse tenha condições de assegurar o cumprimento do contrato celebrado.

1.2.1.7 Princípio da seleção da proposta mais vantajosa

Para chegar à proposta mais vantajosa, é indispensável que o órgão licitante respeite os princípios elementares da licitação, no entanto, deve dar atenção especial para a elaboração do ato convocatório, visto que esse, desde que dentro dos limites impostos pela legislação, naquele certame torna-se a Lei da licitação.

O ato convocatório não pode falhar na definição dos requisitos de habilitação, bem como na detalhada descrição do fim almejado, pois segundo Marçal Justen Filho, “no ato convocatório, são fixadas as regras que nortearão a conduta da própria Administração”.³⁵

Nesse sentido é jurisprudência do STJ, colacionada por Marçal Justen Filho,

³⁴ Lei nº 8.666/93, 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.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

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

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere 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.

³⁵ FILHO, **Comentários a Lei de Licitações e contratos Administrativos**, p. 488.

“... o Poder Discricionário da Administração esgota-se com a elaboração do Edital de Licitação. A partir daí, nos termos do vocábulo constante da própria Lei, a Administração Pública vincula-se ‘estritamente’ a ele.” (REsp nº 421.946/DF, 1º T., rel. Min. Francisco Falcão, j. em 07.02.2006, *DJ* de 06.03.2006, p. 163)³⁶

Conclui-se que, a obtenção dos resultados desejados, seja no tocante a qualidade, bem como em relação ao preço, depende em grande parte da elaboração de um ato convocatório comprometido com a legalidade, e que atenda de forma plena os princípios norteadores da licitação. Dessa forma a Administração terá condições de avaliar e escolher a proposta mais vantajosa, conforme o tipo de licitação que se propôs a executar, menor preço, melhor técnica ou técnica e preço.

1.2.1.8 Princípio da promoção do desenvolvimento nacional sustentável

Merece destaque a nova redação do artigo 3º da Lei nº 8.666/93, instituída pela Lei nº 12.349/10. Essa recente alteração somou aos já consagrados princípios, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Desde 1988 nossa constituição elenca de forma expressa no seu artigo 225³⁷, o direito ao meio ambiente equilibrado como um direito fundamental. Tal consagração decorre do artigo 5º parágrafo 2º³⁸. Embora a ideia de sustentabilidade esteja ligada também ao social e o econômico, nos parece que esse dispositivo dá ênfase no aspecto ambiental, o que é razoável, pois, se a própria constituição impõe ao Poder Público o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, nos parece omissa que a lei de licitações não o tenha incluído como princípio desde a sua criação em 1993.

Contemporaneamente vivemos a mercê dos riscos naturais, causados em grande parte pelo impacto ambiental de grandes obras, muitas delas públicas, por isso, no nosso entendimento o legislador foi feliz ao produzir novel alteração. Espera-se que a mesma tenha efetividade na prática a fim de promover a sustentabilidade, tão comentada e almejada nessa era verde que estamos vivendo.

³⁶ FILHO, *Comentários a Lei de Licitações e contratos Administrativos*, p. 489.

³⁷ Art. 225, CF/88 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

³⁸ Art. 5, § 2º CF/88 - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

1.2.1.9 Princípio da probidade administrativa

Embora seja dever de todo o gestor público, o legislador optou por expressar o princípio da probidade administrativa na lei de licitações no artigo 3º. A própria Constituição já o consagra, ao ponto que no parágrafo 4º do artigo 37³⁹, prevê as penalidades para a improbidade administrativa.

A probidade administrativa em alguns aspectos se assemelha ao princípio da moralidade, e segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “[...] nada mais é do que honestidade no modo de proceder”.⁴⁰

Adentrando na situação fática, nota-se que grande parte da população desacredita na probidade dos agentes públicos. Acreditamos que isso se dá em função de alguns, motivados pela ambição e guiados pela má-fé, agirem a revelia de tal princípio. No entanto, convém destacar que os ocupantes de cargos eletivos, em função da exposição midiática e partidária, acabam por tornar-se o referencial de agente público, mas mesmo assim são minoria se comparados ao exército de servidores públicos espalhados em todas as esferas administrativas que agem estritamente em acordo com a lei e são os verdadeiros responsáveis pelo funcionamento da máquina pública.

1.3.1.10 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

De nada adiantariam as leis se elas não fossem coercitivas, da mesma forma a existência de um edital que facultasse o seu cumprimento, com certeza já nasceria obsoleto. É por isso que qualquer pretendente a licitar, assim como o órgão licitante, está intimamente vinculado ao edital, sendo esse, detentor de todas as regras e eventuais exceções do procedimento licitatório.

³⁹ Art. 37, § 4º, CF/88 - § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

⁴⁰ DI PIETRO, **Direito Administrativo**, p. 339.

O princípio da vinculação ao edital, ou da vinculação ao instrumento convocatório, na nomenclatura atribuída por Diogenes Gasparini e Marçal Justen Filho, está previsto no artigo 3º, *caput*,⁴¹ e no artigo 41, *caput*⁴², da Lei nº 8.666/1993.

Hely Lopes Meirelles descreve o edital como sendo “a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu”.⁴³ Já Marçal Justen Filho entende o princípio da vinculação ao ato convocatório como correlato ao princípio da legalidade,

A legalidade e a vinculação ao ato convocatório são manifestações jurídicas de princípios inter-relacionados. A validade dos atos administrativos praticados no curso da licitação depende de sua compatibilidade não apenas com a Lei, mas também com os atos administrativos praticados nas etapas anteriores.⁴⁴

Portanto, é prudente concluir que esse princípio inibe a criação de regras ou critérios, após a expedição do edital ou da carta convite, e isso é razoável, pois do contrário ficaria comprometido o que foi anteriormente disciplinado e estabelecido no instrumento convocatório. No entanto, cabe ressaltar que caso o instrumento de convocação apresente falhas, poderá ser corrigido, desde que os licitantes tomem conhecimento da alteração e tenham possibilidade de se amoldarem a ela.

1.3.1.11 Princípio do julgamento objetivo

Este princípio também vem previsto na Lei nº 8.666/93, no artigo 44⁴⁵, *caput*, e no artigo 45⁴⁶, *caput* e expressa a preocupação do legislador especialmente com a imparcialidade,

⁴¹ Lei nº 8.666/93, 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.

⁴² Lei nº 8.666/93, art. 41 - A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

⁴³ MEIRELLES, *Direito Administrativo*, p. 295.

⁴⁴ FILHO, *Comentários a Lei de Licitações e contratos Administrativos*, p. 71.

⁴⁵ Lei nº 8.666/93, art. 44 - No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

ou seja, na análise de qualquer questão referente ao certame, jamais devem ser levadas em conta características subjetivas do participante, seja ele pessoa física ou pessoa jurídica.

Nesse sentido dispõe Marçal Justen Filho,

Todas as decisões adotadas pela Administração ao longo do procedimento licitatório, desde a fase interna até o encerramento do certame, devem traduzir um julgamento imparcial, neutro e objetivo. O ato convocatório tem de conter critérios objetivos de julgamento que não se fundem nas preferências ou escolhas dos julgadores. O julgamento das propostas subordina-se obrigatoriamente àqueles critérios.⁴⁷

Entendimento semelhante é o da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “o julgamento das propostas há de ser feito de acordo com os critérios fixados no edital”.⁴⁸ Daí a importância do edital, que deve estabelecer de forma clara e precisa qual será o critério para a seleção da proposta vencedora. Definido o mesmo, a comissão de licitação está adstrita à lei e ao edital, podendo esse inclusive prever exigências não contidas na lei, desde que não sejam capazes de cercear a participação.

Todavia, reconhece-se que essa objetividade nem sempre é absoluta, sendo aplicável plenamente apenas nos certames decididos unicamente pelo preço. As exceções configuram-se, especialmente quando se exige qualificação técnica, como doutrina Celso Antônio Bandeira de Mello,

Cumpra reconhecer, entretanto, que objetividade absoluta só se pode garantir previamente nos certames decididos unicamente pelo preço. Quando entram em causa qualidade, técnica, rendimento – muitas vezes indispensáveis para a aferição das propostas -, nem sempre será possível atingir-se o ideal da objetividade extrema, pois, quando os bens ou serviços são fortemente aparentados nestes atributos, a primazia de um ou de outro depende de apreciações irredutíveis a um plano excludente de opiniões pessoais.⁴⁹

⁴⁶ Lei nº 8.666/93, art. 45 - O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

⁴⁷ FILHO, **Comentários a Lei de Licitações e contratos Administrativos**, p. 72.

⁴⁸ DI PIETRO, **Direito Administrativo**, p. 339.

⁴⁹ MELLO, **Curso de Direito Administrativo**, p. 526.

Por fim, pode-se dizer que o princípio do julgamento objetivo está intimamente ligado ao princípio da vinculação ao edital, e juntos visam afastar do processo licitatório a discricionariedade na escolha das propostas, obrigando os julgadores a aterem-se aos critérios prefixados pela Administração.

1.3 Outros princípios aplicáveis ao processo licitatório

O artigo 3º da Lei nº 8.666/93⁵⁰, que rege as licitações públicas não é taxativo, pois finaliza a redação do *caput* vinculando a licitação a todos os princípios correlatos aos elencados exemplificativamente no dispositivo, além do mais, na própria constituição, bem como na lei das licitações, existem princípios implícitos, os quais são plenamente aplicáveis a todo o processo licitatório.

1.4.1 Princípio da adjudicação compulsória

A adjudicação compulsória está prevista na Lei nº 8.666/93, nos artigos 50⁵¹ e 64⁵², e tem o objetivo de garantir ao vencedor, salvo se este voluntariamente abrir mão, a garantia de que no futuro, se o contrato for celebrado, o será com ele. No futuro, porque a adjudicação não é o contrato imediato, e se for celebrado, porque a Administração pode revogar ou anular o procedimento, ou ainda adiá-lo, sempre mediante justa causa.

Nesse sentido manifesta-se Hely Lopes Meirelles,

⁵⁰ Lei nº 8.666/93, 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.

⁵¹ Lei nº 8.666/93, art. 50 - A Administração não poderá celebrar o contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório, sob pena de nulidade.

⁵² Lei nº 8.666/93, art. 64 - A Administração convocará regularmente o interessado para assinar o termo de contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e condições estabelecidos, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 desta Lei.

O princípio da adjudicação compulsória ao vencedor impede que a Administração, concluído o procedimento licitatório, atribua seu objeto a outrem que não o legítimo vencedor (arts. 50 e 64). A adjudicação ao vencedor é obrigatória, salvo se este desistir expressamente do contrato ou não o firmar no prazo prefixado, a menos que comprove justo motivo. A compulsoriedade veda também que se abra nova licitação enquanto válida a adjudicação anterior.⁵³

Cabe salientar que adjudicação não é garantia de contratação, mas sim uma expectativa de direito ao vencedor da licitação quanto à contratação futura. Em suma, se alguém tiver de ser contratado, será a proposta vencedora devidamente homologada e adjudicada, visto que a adjudicação objetiva isso mesmo, coibir a contratação com pessoa estranha a licitação, bem como veda uma nova licitação com o mesmo objeto na vigência daquela que teve a proposta adjudicada.

1.4.2 Princípio da ampla defesa

O princípio da ampla defesa é inerente ao Estado Democrático, não se permitindo sob a égide desse, processos e procedimentos inquisitórios. Aliás, esse é um dos princípios basilares da nossa Constituição, expresso no art. 5º, inciso LV⁵⁴. A mesma situação ocorre com o processo licitatório, uma vez que a supremacia do interesse público deve reger toda e qualquer atuação do gestor público.

Esse é o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

Na vigência da nova Constituição, o artigo 5º, inciso LV, torna indiscutível a exigência de observância desse princípio, com os meios e recursos a ele inerentes, e também do princípio do contraditório, em qualquer tipo de processo administrativo em que haja litígio.⁵⁵

⁵³ MEIRELLES, **Direito Administrativo**, p. 296.

⁵⁴ Art. 5º, LV CF/88 - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

⁵⁵ DI PIETRO, **Direito Administrativo**, p. 343.

Indissociável, portanto, a ampla defesa e o contraditório do processo licitatório, sob pena de pela afronta ao princípio constitucional acima mencionado, invalidar o ato. A inobservância desse princípio, por si só traz ao ato vício capaz de anulá-lo.

1.4.3 Princípio da competitividade

Não se pode falar em licitação sem a observância do princípio da competitividade, haja vista que a Administração busca a melhor proposta, sendo que outro caminho para alcançá-la não há, senão o da competitividade. Garantir o livre acesso dos pretendentes ao processo, sem criar obstáculos para a sua habilitação é preceito básico do ato convocatório.

Nesse sentido é a lição de Diogenes Gasparini,

A Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública estabelece que é vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação ou que estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos proponentes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante ao objeto do contrato, ressalvada a possibilidade do estabelecimento da margem de preferência adiante tratada (art. 3º, § 1º, I). Aí está consubstanciado o *princípio da competitividade*. Nada, por esse princípio, deve comprometer, restringir ou frustrar a disputa entre os interessados em contratar com a entidade, em tese, obrigada a licitar, sob pena de inexistir licitação.⁵⁶

Vale ressaltar que mesmo diante da predominância de tal princípio, há entendimento excetuando-o, isso ocorre na hipótese em que apenas um concorrente participa do certame ou quando ao final da fase de classificação só restar um concorrente.

Continua Diogenes Gasparini,

[...] a doutrina e a jurisprudência dominantes têm aceito como legal o procedimento licitatório em que somente um interessado acode ao chamado da Administração

⁵⁶ GASPARINI, *Direito Administrativo*, p. 544.

Pública licitante se todas as exigências foram satisfatoriamente atendidas, como mais adiante será visto e analisado. De sorte que, mesmo sem competição, a contratação em tais condições será válida⁵⁷.

Embora o número mínimo de participantes não tenham comparecido ou passado no crivo da habilitação, a competitividade nesse caso foi oportunizada e seria inviável a anulação de todo o procedimento, pois o órgão licitante em nada contribuiu para a ausência ou desclassificação do participante.

Leciona ainda Diogenes Gasparini,

Anote-se que não há afronta à competitividade, e por esse motivo não se refaz o procedimento, quando só um interessado atende ao chamamento da entidade licitante ou quando, ao final da fase de classificação, só restar um concorrente, se para essas ocorrências ninguém agiu irregular ou fraudulentamente⁵⁸.

Situação semelhante se dá com a indicação de marca, que embora vedada na Lei Federal das Licitações⁵⁹, encontra no mesmo dispositivo a fundamentada exceção, visto que o parágrafo ressalva os casos em que for tecnicamente justificável. Para Diogenes Gasparini “se houver uma razão técnica ou científica devida e expressamente motivada no processo, a indicação de marca é legítima.”⁶⁰

Conclui-se que a competitividade é preservada mesmo quando nos limites da imposição legal se estabelece critérios a fim de atender o interesse público, ou ainda quando sem nenhuma omissão ou intervenção do licitante não comparecem, ou comparecendo não são qualificados os participantes, em número mínimo exigido.

⁵⁷ GASPARINI, **Direito Administrativo**, p. 544.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 545.

⁵⁹ Lei nº 8.666/93, § 5º - É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.

⁶⁰ GASPARINI, *loc. cit.*

1.4.4 Princípio da padronização

Tal princípio decorre do art. 15, inciso I do Estatuto Federal das Licitações.⁶¹ Inicialmente parece mitigar o princípio da competitividade anteriormente estudado, mas na verdade não o suprime, e sim o complementa, visto que a padronização encontra respaldo legal sempre que necessária para garantir a atenção ao interesse público.

Qualquer consumidor, seja ele órgão público ou privado, possivelmente tem preferências e necessidades específicas quanto a um produto ou serviço que pretende adquirir. No entanto a Administração não goza da subjetividade do particular que pode comparar e decidir livremente sobre a sua escolha, a Administração está adstrita ao instrumento convocatório. É mister que nessas condições, a Administração inclua no edital ou convite, evidentemente que mediante devido processo administrativo, as especificações técnicas necessárias para atender o interesse público que motiva o processo licitatório.

Nesse sentido, doutrina Diogenes Gasparini,

Padronizar significa igualar, uniformizar, estandardizar. Padronização, por sua vez, quer dizer adoção de um stander, um modelo. A palavra “princípio” indica o básico, o elementar. Assim, deve a entidade compradora, em todos os negócios para a aquisição de bens, observar as regras básicas que levam a adoção de um stander, de um padrão que, vantajosamente, possa satisfazer às necessidades das atividades que estão a seu cargo. As compras, portanto, não devem ser simplesmente realizadas, mas pensadas e decididas antes de sua efetivação, segundo esse princípio e as finalidades de interesse público que se quer alcançar.⁶²

O dispositivo legal que introduz a padronização no processo licitatório, não é claro quanto à quais bens ou serviços que devem ser padronizados, note-se que utiliza uma expressão aberta, tornando-a claramente uma norma dispositiva. Entendemos, pela análise conjunta com os demais princípios, que a padronização deve ocorrer sempre que seja vantajosa para a Administração.

⁶¹ Lei nº 8.666/93, art. 15 - As compras, sempre que possível, deverão: I - atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas;

⁶² GASPARINI, *Direito Administrativo*, p. 536.

1.4.5 Princípio da fiscalização da licitação

A fiscalização é inerente a atividade pública, diga-se, cada vez mais monitorada pela população e pela mídia, que embora em alguns casos seja tendenciosa, no geral desempenha papel relevante no combate a corrupção.

Para Diogenes Gasparini, “dito princípio extrai-se de vários dispositivos da Lei federal das Licitações e contratos da Administração Pública. Desses são exemplos o art. 4º, art. 7º § 8º, art. 63, e art. 113, § 1º da Lei nº 8.666/93”.⁶³

É importante ressaltar que com a incidência plena do princípio da publicidade o cidadão que tome conhecimento de um processo licitatório e deliberadamente ignore o seu dever de fiscalizar, em tese está sendo conivente e se não comete crime, no mínimo está moralmente comprometido.

A fiscalização da licitação, nada mais é do que o direito, e por que não dizer dever do cidadão em monitorar, observar e se necessário tomar as medidas legais cabíveis a fim de evitar lesão ao patrimônio público.

1.4.6 Princípio do sigilo na apresentação das propostas

O sigilo na atividade privada é uma das armas mais poderosas. Empresas guardam seus segredos e fórmulas a sete chaves e frequentemente a mídia noticia pleitos judiciais entre as empresas e aqueles que tentam violar ou vazar seus segredos.

Se no âmbito público a regra é a publicidade pode-se dizer que no privado é o sigilo e se não fosse assim, acreditamos que a livre concorrência e todos os fundamentos da economia de mercado seriam seriamente comprometidos.

Assim nos ensina Hely Lopes Meirelles,

⁶³ GASPARINI, *Direito Administrativo*, p. 547.

O sigilo na *apresentação das propostas* é consectário da igualdade entre os licitantes, pois ficaria em posição vantajosa o proponente que viesse a conhecer a proposta de seu concorrente antes da apresentação da sua. Daí o necessário sigilo, que há de ser guardado relativamente a *todas as propostas*, até a data designada para a abertura dos envelopes ou invólucros que as contenham, após a habilitação dos proponentes (arts. 3º, § 3º, e 43, § 1º).⁶⁴

Em suma, o sigilo guardado até a abertura das propostas, é a garantia para o participante de que a concorrência será justa, tanto quanto para si, como para os outros participantes, a partir daí a formação do preço depende unicamente do potencial de negociação do próprio participante.

1.4.7 Princípio do procedimento formal

Está previsto na Lei nº 8.666/93, no seu artigo 4º, parágrafo único⁶⁵, e quer dizer que a Administração Pública não deve e nem pode agir a revelia da formalidade imposta pela lei.

Segundo Hely Lopes Meirelles, o princípio do procedimento formal “é o que impõem a vinculação da licitação às prescrições legais que a regem em todos os seus atos e fases”.⁶⁶ As fases precisam ser respeitadas, os prazos precisam ser cumpridos e os princípios precisam ser observados, assim a formalidade será plena e o procedimento válido.

Após essa breve análise dos princípios é possível entender que os fundamentos jurídicos básicos da igualdade dos administrados e da indisponibilidade do interesse público estão em jogo quando se trata da contratação pela Administração Pública, ou seja, no primeiro fundamento todos os administrados têm direito a pretender participar de um contrato com a Administração, ofertando-lhe bens e serviços; já no segundo, a Administração, em suas aquisições de bens e serviços, ou na execução de obras públicas, tem a obrigação de obter o contrato que lhe ofereça a maior vantagem, nascendo então o dever de licitar.

Verificados os aspectos básicos da licitação, no próximo capítulo procederemos com a análise das diversas modalidades de licitação, com ênfase no pregão.

⁶⁴ MEIRELLES, *Direito Administrativo*, p. 294-295.

⁶⁵ Lei nº 8.666/93, art. 4º, parágrafo único - O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública.

⁶⁶ MEIRELLES, *op. cit.*, p. 275.

2 MODALIDADES DE LICITAÇÃO

A Lei nº 8.666/93 elenca no seu artigo 22 cinco modalidades de licitações, quais sejam: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. Cada uma dessas modalidades possui características próprias, e é adequada para tipos específicos de contratação.

A concorrência se trata da modalidade de licitação que pode ser utilizada nas contratações de qualquer valor e nas concessões de serviço público; a tomada de preços é uma modalidade de complexidade média e é utilizada na celebração de contratos com valores intermediários; o convite é a modalidade de licitação mais simples utilizada para os contratos de menor valor. A hierarquia entre essas modalidades está determinada no artigo 23, parágrafo 4º.⁶⁷

O leilão e o concurso são modalidades de licitação aplicadas a circunstâncias específicas, de modo que não cabe o caráter subsidiário com nenhuma outra modalidade. Convém mencionar que embora não elencada na Lei nº 8.666/93 existe uma sexta modalidade de licitação denominada pregão, a qual possui legislação específica.

2.1 Concorrência

A concorrência é utilizada nas situações que envolvam grandes valores e não exige nenhuma espécie de cadastro prévio do participante, desde que esse cumpra os requisitos do edital. Possui duas fases: a primeira é a habilitação e a segunda é o julgamento da melhor proposta pela comissão.

Convém destacar que os valores não são atribuídos discricionariamente, mas sim a Administração está vinculada a Lei, dessa forma nos termos do art. 23, incisos I e II da Lei nº 8.666/93, grande vulto representa montante superior a R\$ 1.500.000,00 para obras e serviços de engenharia e R\$ 650.000,00 para a compras e serviços diversos dos de engenharia.

⁶⁷ Lei nº 8.666/93 art. 23, § 4º - Nos casos em que couber convite, a Administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência.

Segundo Hely Lopes Meirelles, é a modalidade utilizada pela Administração Pública para contratação de obras, serviços e compras de valor elevado, nada impedindo que seja utilizada para certames de qualquer valor. Também é exigida na celebração de contratos de concessão de serviços públicos, alienação de bens imóveis e para a concessão de direito real de uso. É obrigatória para as licitações internacionais, embora nesse caso seja permitida a tomada de preços desde que a entidade interessada possua cadastro internacional de fornecedores. Ainda é obrigatória para o Sistema de Registro de Preços, embora haja exceção legal que autoriza o uso do pregão para registro de preços.⁶⁸

Está prevista no artigo 22, parágrafo 1º da Lei nº 8.666/93⁶⁹ o qual traz o seu conceito legal. Para Hely Lopes Meirelles a concorrência apresenta requisitos especiais: universalidade, ampla publicidade, prazos para apresentação das propostas, habilitação preliminar e o julgamento por comissão⁷⁰.

Mesmo conscientes da importância de tais requisitos, não adentraremos a análise individualizada dos mesmos pelo fato do foco do nosso trabalho ser o estudo detalhado do pregão, o que procederemos a partir do item 2.6.

2.2 Tomada de preços

É a modalidade adotada na celebração de contratos relativos a obras, serviços e compra de menor valor relativamente aos exigidos na concorrência.

Está prevista no artigo 22, parágrafo 2º da Lei nº 8.666/93⁷¹ e possui como principal característica a exigência de cadastramento prévio, embora a própria lei apresente a possibilidade dessa exigência ser atendida até o terceiro dia imediatamente anterior à data do recebimento das propostas.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello,

⁶⁸ MEIRELLES, *Direito Administrativo*, p. 350.

⁶⁹ Lei nº 8.666/93 art. 22, § 1º - Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

⁷⁰ MEIRELLES, *op. cit.*, p. 350.

⁷¹ Lei nº 8.666/93 art. 22, § 2º - Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

A tomada de preços (art. 22, § 2º), destinada a transações de vulto médio, é a modalidade em que a participação na licitação restringe-se (a) às pessoas previamente inscritas em cadastro administrativo, organizado em função dos ramos de atividades e potencialidades dos eventuais proponentes, e (b) aos que, atendendo todas as condições exigidas para o cadastramento, até o terceiro dia anterior à data fixada para recebimento das propostas, o requeram e sejam, destarte, qualificados.⁷²

Para Diogenes Gasparini a tomada de preços caracteriza-se por,

a) destinar-se a contrato de vulto médio; b) permitir unicamente a participação de interessados previamente cadastrados ou habilitados; c) exigir publicidade; d) requerer prévia qualificação dos interessados. Por interessados previamente cadastrados ou habilitados entendemos os cadastrados nos termos do art. 34 dessa lei e os que atenderam a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior a data do recebimento das propostas (art. 22, § 2º). Por contrato de médio vulto entende-se, nos termos dos incisos I e II do art. 23 da Lei Federal de Licitações e Contratos da Administração Pública, o de valor situado entre R\$ 150.000,00, e R\$ 1.500.000,00, se objetivar obras ou serviços de engenharia, e o valor situado entre R\$ 80.000,00 e R\$ 650.000,00, se visar a realização de compras e serviços diversos dos de engenharia.⁷³

Ressalte-se que a tomada de preços pode ser livremente substituída pela concorrência, bastando para isso que a autoridade licitante considere tal opção conveniente e ainda pode também ser admitida nas licitações internacionais nos termos da Lei nº 8.666/93. Por outro lado jamais poderá ser substituída pelo convite.

2.3 Convite

O convite é a modalidade menos formal de todas no processo de licitação. Encontra previsão legal no art. 22 inciso III da Lei Federal das Licitações e Contratos da Administração Pública.

⁷² MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 547.

⁷³ GASPARINI, *Direito Administrativo*, p. 627-628.

Sua conceituação legal surge no artigo 22, parágrafo 3º⁷⁴, e doutrinariamente Diogenes Gasparini assim a define,

É a modalidade de licitação aberta sem publicidade, indicada para contrato de pequeno vulto, que exige o convite a, no mínimo, três interessados escolhidos pela entidade obrigada a licitar e por ela tidos como habilitados e permite a participação de interessados cadastrados que manifestarem interesse com antecedência de até vinte e quatro horas da data designada para apresentação das propostas.⁷⁵

O instrumento convocatório é a própria carta-convite, que é enviada aos interessados convidados. No entanto, como visto acima, a lei permitiu que outros interessados participem, desde que cadastrados. Para tanto basta que manifestem seu interesse com a antecedência mínima de vinte e quatro horas da apresentação das propostas.

2.4 Concurso

Nessa modalidade, o que determina a necessidade de realização da licitação não é o valor do contrato, como ocorre com a maioria das outras modalidades, mas sim a natureza do seu objeto.

Está disposto no artigo 22, parágrafo 4º da Lei 8.666/93⁷⁶ e para Diogenes Gasprini,

É a modalidade de licitação que observa regulamento próprio, aberta mediante publicidade, destinada à escolha, por comissão especial, de trabalho técnico, científico ou artístico, que admite a participação de qualquer interessado, mediante concessão de prêmios ou remuneração aos vencedores.⁷⁷

⁷⁴ Lei 8.666/93, 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.

⁷⁵ GASPARINI, *Direito Administrativo*, p. 630.

⁷⁶ Lei 8.666/93 art. 22, § 4º - Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital.

⁷⁷ GASPARINI, *op. cit.*, p. 633.

Não se aplicam nessa modalidade os tipos de licitação melhor técnica, melhor preço, etc., tal qual ocorre nas demais modalidades, uma vez que os vencedores aqui recebem um prêmio ou remuneração. Por isso também não se pode falar em qualificação das empresas, pois no concurso não se analisa propostas, mas sim o objeto, de forma que se o objeto do concurso for projeto, o mesmo dependerá de licitação adequada para a execução. Nesse caso o concurso limita-se a escolher o projeto.

2.5 Leilão

O leilão é a modalidade através da qual a Administração Pública pode alienar bens móveis e excepcionalmente imóveis.

Está previsto no artigo 22, parágrafo 5º da Lei nº 8.666⁷⁸. Diogenes Gasparini assim define a modalidade,

É a modalidade de licitação aberta com ampla publicidade, precipuamente indicada para a venda de bens móveis inservíveis, produtos legalmente apreendidos, bens dados em penhor e bens imóveis adquiridos judicialmente ou mediante dação em pagamento, que admite qualquer interessado, independentemente, como regra, de habilitação, em que o vencedor é o que oferecer o maior lance, desde que igual ou superior à avaliação.⁷⁹

Ainda segundo Diogenes Gasparini,

Com base no Estatuto federal Licitatório o leilão pode ser: comum, isto é, o realizado por leiloeiro oficial, sob a égide da legislação federal (Dec. n. 21.981/32) e condições estabelecidas pela Administração Pública licitante, e administrativo, realizado por agente da entidade interessada.⁸⁰

⁷⁸ Lei 8.666/93 art. 22, § 5º - Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

⁷⁹ GASPARINI, **Direito Administrativo**, p. 636.

⁸⁰ GASPARINI, loc. cit.

O Leilão para alienação de bens móveis da Administração está limitado à quantia de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais), sendo que, se ultrapassar esse valor, deverá ser feito na modalidade concorrência.

Da mesma forma que no concurso o leilão não depende de uma fase prévia de qualificação. Se o objetivo do leilão é alienar bens pelo melhor preço, a Administração não tem nenhum motivo para exigir qualificação, salvo a possibilidade do órgão alienante exigir comprovação de condições financeiras do participante em honrar a proposta realizada.

2.6 Pregão

O pregão como a mais nova modalidade de licitação, talvez seja uma das mais significativas e importantes mudanças implantadas no âmbito do Direito Administrativo brasileiro, especialmente por que vem ao encontro de antigas reivindicações dos administradores públicos e da sociedade como um todo no sentido de dar mais transparência e economicidade as contratações.

Modernamente, considerando o alto volume de compras, contratações e alienações que o Estado realiza, faz-se necessário que a licitação pública como instrumento legal para tais procedimentos seja ágil e eficiente. Associado a isso, cada vez mais a sociedade conscientiza-se dos seus merecidos direitos constitucionais e clama por maior qualidade na prestação dos serviços públicos essenciais (saúde, educação, moradia, segurança, etc.), porém, mesmo sem adentrar no mérito da efetividade dos direitos fundamentais é fácil concluir que um dos motivos para a falta de qualidade na prestação desses serviços é a burocracia.

Foi nesse contexto que surgiu essa nova modalidade de licitação, que comprovadamente veio trazer maior eficiência nas licitações para as contratações da Administração Pública e com isso, conseqüentemente melhor qualidade aos beneficiários desses serviços, além de notável economia aos cofres públicos, como restará demonstrado nesse trabalho.

O pregão em suma é uma licitação do tipo menor preço, pode ser desenvolvido no formato comum (presencial) e virtual (eletrônico) e é marcado pela inversão das fases, visto

que no pregão os requisitos de habilitação só serão apresentados e conferidos após o participante sagrar-se vencedor do certame.

No entanto, embora o pregão tenha apresentado resultados práticos eficientes, no que diz respeito à economicidade é certo que o pregão também tem algumas desvantagens, que não ficarão de fora desse estudo.

2.6.1 Conceito

O pregão surge como sexta modalidade de licitação na legislação brasileira com o objetivo específico de adquirir bens e serviços considerados comuns. Possui características próprias e formas distintas, visto que se divide em pregão comum (presencial) e virtual (eletrônico).

A nosso ver o conceito mais adequado é apresentado por Marçal Justen Filho que assim o define,

Pregão é uma modalidade de licitação do tipo menor preço, destinada a seleção da proposta mais vantajosa de contratação de bem ou serviço comum, caracterizada pela existência de uma fase competitiva inicial, em que os licitantes dispõem do ônus de formular propostas sucessivas, e de uma fase posterior de verificação dos requisitos de habilitação e de satisfatoriedade das ofertas.⁸¹

O pregão é a modalidade de licitação na qual independe o valor a ser contratado. As principais características dessa modalidade são a inversão das fases e a previsão legal de ser destinada para a aquisição de bens e serviços comuns. Nota-se que o legislador foi enfático ao repetir tanto na Lei nº 10.520/2002⁸², quanto no Decreto nº 3.555/2000⁸³, a destinação do pregão, qual seja, a aquisição de bens e serviços comuns.

⁸¹ FILHO, Marçal Justen. **Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico**. 6ª ed.- revista e atualizada. São Paulo: Dialética, 2013, p. 9.

⁸² Lei nº 10.520/2002 - Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.

Quanto à possibilidade de valer-se do pregão para outras negociações públicas, que não a aquisição, dedicaremos adiante um tópico específico, haja vista que embora a revelia da lei, que define o pregão como licitação do tipo menor preço⁸⁴, modernamente já se apresentam jurisprudências admitindo o pregão como licitação de maior oferta e para contratações de serviços de engenharia considerados comuns.

A respeito da definição de bens e serviços comuns dedicaremos um ponto específico no 3º capítulo, pois embora a legislação tenha tentado conceituar o que seja bens e serviços comuns muita divergência ainda paira sobre o tema.

2.6.2 Breve histórico sobre a legislação do pregão no Brasil

Conforme mencionado quando tratamos da evolução legislativa da licitação no Brasil, a Medida Provisória nº 2.026/2000, instituiu nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, uma nova modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, a qual chamou de pregão. Essa por sua vez foi regulamentada pelo Decreto nº 3.555/2000 que trata do pregão presencial e submeteu apenas a União e suas entidades ao seu teor. Na sequência o Decreto Federal nº 3.697/2000 regulamentou o pregão eletrônico até que em 31 de maio de 2005 foi publicado o Decreto nº 5.450, que além de revogar o Decreto nº 3.697/2000 regulamenta o pregão eletrônico até os dias de hoje.

A medida provisória que originou o pregão, após mais de uma dezena de reedições consecutivas, em 2002, converteu-se na Lei Federal nº 10.520, que com as devidas alterações ainda rege o pregão.

Assim, em relação à modalidade denominada pregão vigora a Lei Federal nº 10.520/2002 conhecida com a Lei do Pregão. Também está em vigência o Decreto federal nº. 3.555/2000 que embora a MP nº 2.182/2001, que era o seu suporte legal, tenha sido revogada, continua sendo aplicado. Segundo Diogenes Gasparini, há quem entenda que esse Decreto foi

⁸³ Decreto nº 3.555/2000 - Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns.

⁸⁴ Lei nº 10.520/2002, art. 4º, inc. X - para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital;

recepcionado já que o art. 10 da Lei nº 10.520/2002 convalidou os atos praticados com fundamento na MP nº 2.182/2001.⁸⁵

Ainda regulamenta o instituto, especialmente o pregão eletrônico, o Decreto nº 5.450/2005. Ressalte-se que a Lei nº 8.666/93 aplica-se subsidiariamente a modalidade pregão, conforme a Lei nº 10.520/2002 previu no seu artigo 9º.

2.6.3 Espécies de pregão

O pregão consagrou-se como uma sexta modalidade de licitação no ordenamento jurídico brasileiro. Há quem entenda que com a criação do pregão eletrônico houve mais do que a divisão da modalidade em duas espécies, nesse entendimento houve a criação de uma sétima modalidade, visto que as diferenças entre o pregão presencial e o pregão eletrônico são tantas, que pelo menos do ponto de vista prático justificam essa teoria.

Por outro lado, do ponto de vista legal, segundo Marçal Justen Filho, “essa posição conduziria a negar a validade do pregão eletrônico, eis que não se admite a criação de procedimento licitatório por via regulamentar”.⁸⁶

Embora as regras sobre o pregão eletrônico derivem de regulamentos, o regimento do instituto como um todo encontra respaldo legal na Lei nº 10.520/2002 e ainda, mesmo que de forma subsidiária aplica-se a modalidade a Lei nº 8.666/93, aliás, essa aplicação subsidiária já foi tema de discussão, porém desde 2006 encontra-se superada pela jurisprudência do STJ, que assim se posicionou, “À licitação modalidade pregão, aplicam-se, subsidiariamente, disposições da Lei nº 8.666/93.” (REsp nº 822.337/MS, 1ª T., rel. Min. Francisco Falcão, j. em 16.05.2006, DJU de 01.06.2006).⁸⁷

No entanto embora com características distintas e dividido em duas espécies, o pregão é uma modalidade única de licitação.

⁸⁵ GASPARINI, *Direito Administrativo*, p. 636.

⁸⁶ FILHO, *Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico*, p. 17.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 19.

2.6.3.1 Pregão presencial

O pregão presencial é a espécie originária do pregão, visto que conforme já estudado acima, quando o pregão foi introduzido no ordenamento jurídico através da Medida Provisória nº 2.026/2000, e mesmo em 2002 quando a modalidade foi contemplada com a Lei Federal nº 10.520, a realidade tecnológica no Brasil era bem distinta da atual, dessa forma, o pregão eletrônico não era o foco da legislação, de modo que a lei e o posterior Decreto nº 3.555 se preocuparam basicamente com o pregão comum.

Para Diogenes Gasparini o pregão presencial é a “modalidade de licitação em que a disputa pelo fornecimento de bens ou serviços comuns é feita em sessão pública, por meio de propostas de preços escritos e lances verbais”.⁸⁸

Outra questão objeto de controvérsia foi o fato de a Medida Provisória que instituiu o pregão o ter feito exclusivamente para a União, assim, era confusa a possibilidade de utilização do pregão pelos Estados e Municípios. Segundo a doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “[...] essa restrição estava sendo considerada inconstitucional pela quase totalidade da doutrina que tratou do assunto tendo em vista que, em se tratando de norma geral, tinha que ter aplicação para todos os entes federativos”.⁸⁹

No entanto com o advento da Lei nº 10.520/2002 essa controvérsia foi superada, conforme explica Diogenes Gasparini,

Essa dificuldade já não se coloca, mesmo com o veto ao art. 2º da Lei do Pregão. Desde o advento dessa lei é aceita sua utilização no âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme indicado em sua ementa e a interpretação que se retira de outros de seus dispositivos (art. 4º, I, art. 7º e art. 11). Portanto, o mencionado veto ao art. 2º não obsta essa inteligência, de sorte que, agora e sem dúvida alguma, sua utilização por esses entes federados é perfeitamente possível, bastando que cada um tenha lei e regulamentação próprias. Enquanto essa legislação não existir, esses entes federados podem utilizar a Lei federal n. 10.520/2002.⁹⁰

⁸⁸ GASPARINI, *Direito Administrativo*, p. 638.

⁸⁹ DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 367.

⁹⁰ GASPARINI, *op. cit.*

No tocante aos Estados, Distrito Federal e Municípios a opção pelo pregão é facultada, bem como é facultada a espécie a ser adotada quando for escolhida a modalidade, dessa forma pode-se dizer que para esses entes a opção pelo pregão está submetida totalmente a discricionariedade do agente público. Evidentemente essa discricionariedade só será possível para os casos de contratação de bens e serviços comuns, como legalmente se destina o pregão. A respeito da obrigatoriedade dedicaremos o tópico 3.2.

No que tange a forma, algumas características diferenciam as duas espécies de pregão. No presencial a proposta é apresentada em via física e dele podem participar qualquer interessado, sendo que o credenciamento é simplificado e visa apenas identificar o interessado que participará do pregão. Outra característica é referente a etapa dos lances, visto que no pregão presencial só avançam à essa fase os licitantes que apresentarem preço dentro de certa margem previamente estabelecida, ou no mínimo três participantes, e existe uma ordem para a verbalização dos lances. Além disso, sempre que houver necessidade de analisar amostras, no pregão comum essa análise pode ocorrer no curso do pregão, com isso, nesses casos o pregão comum pode se encerrar mais rápido do que o eletrônico.⁹¹

Do ponto de vista prático, pelo menos para os participantes, o pregão presencial instaura-se nos termos do art. 4º da Lei nº 10.520/2002 e art. 11 do Decreto nº 3.555/2000, que dão partida a chamada fase externa do pregão, as fases serão estudadas de forma detalhada nesse trabalho no item 2.6.6. Em resumo, esse processo inicia-se com a convocação dos interessados que deve estabelecer prazo de no mínimo 8 dias para a apresentação das propostas. E sequência na data e local previamente estabelecidos no edital, após a declaração do pregoeiro, inicia-se a sessão pública⁹² para a apresentação das propostas, porém antes procede-se o credenciamento dos participantes. Como já dito, no pregão presencial esse credenciamento é simplificado, pois visa apenas identificar o participante e perfectibiliza-se através da entrega da procuração com poderes específicos ou no caso de sócio com a entrega de cópia do ato constitutivo, sempre acompanhados de documento pessoal do sócio, procurador ou preposto. Ressalte-se que desde que apresentado o documento original o próprio pregoeiro autentica a cópia.

⁹¹ FILHO, **Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico**, p. 16.

⁹² Decreto nº 3.555/2000, art. 11, inciso IV – no dia, hora e local designados no edital, será realizada sessão pública para recebimento de propostas e da documentação de habilitação, devendo o interessado ou seu representante legal proceder ao respectivo credenciamento, comprovando, se for o caso, possuir os necessários poderes para formulação de propostas e para prática de todos os demais atos inerentes ao certame;

O próximo passo é a entrega dos envelopes⁹³ contendo os documentos e a proposta, que devem estar lacrados e separados, visto que inicialmente se abre apenas o envelope da proposta e só a após a conclusão do certame, já com a proposta vencedora identificada é que se abrirá o envelope da habilitação. Essa é uma das características marcantes do pregão chamada inversão de fases e será objeto de melhor estudo no item 2.6.7 desse trabalho. Tão logo o pregoeiro identifique a melhor proposta deve considerar as próximas com preço até 10% acima⁹⁴, sejam elas quantas forem para participar dos lances verbais. Exceção se faz na hipótese de não haver no mínimo três propostas classificadas dentro desse percentual, quando serão chamados os participantes conforme a ordem de classificação para participar da fase de lances verbais, mesmo que suas propostas ultrapassem os 10% previstos.⁹⁵

Nesse ponto da sessão os participantes aptos a oferecer lances verbais poderão rever seus preços baixando-os até que reste apenas o menor lance, e esse será declarado o vencedor. Os lances verbais seguem ordem sucessiva e decrescente, iniciando pelo autor que formulou a proposta com maior valor dentro dos 10% superiores ao menor preço, ou então dentro dos três menores preços, independente do percentual de diferença entre eles.

Uma vez encontrada a melhor proposta, ou seja, o menor preço, o pregoeiro deverá proceder com a abertura do envelope de habilitação do participante que sagrou-se vencedor do certame ou do item. Após a conferência dos documentos de habilitação pelo pregoeiro, sua equipe, bem como os demais participantes, que inclusive devem rubricar o envelope e todos os documentos, se presentes todos os requisitos de habilitação previstos no edital, o pregoeiro declarará o participante vencedor do pregão e se não houver recursos, lhe adjudicará o objeto apregoado. Por fim elabora-se a ata na qual deve constar a aprovação e assinatura de todos os presentes, com isso encerra-se a sessão pública e segue a documentação para a homologação que se dá pela autoridade competente, vinculada ao órgão licitante.

⁹³ Decreto nº 3.555/2000, art. 11, inciso V – aberta a sessão, os interessados ou seus representantes legais entregarão ao pregoeiro, em envelopes separados, a proposta de preços e a documentação de habilitação;

⁹⁴ Decreto nº 3.555/2000, art. 11, inciso VI – o pregoeiro procederá à abertura dos envelopes contendo as propostas de preços e classificará o autor da proposta de menor preço e aqueles que tenham apresentado propostas em valores sucessivos e superiores em até dez por cento, relativamente a de menor preço;

⁹⁵ Decreto nº 3.555/2000, art. 11, inciso VII – quando não forem verificadas, no mínimo, três propostas escritas de preços nas condições definidas no inciso anterior, o pregoeiro classificará as melhores propostas subsequentes, até o máximo de três, para que seus autores participem dos lances verbais, quaisquer que sejam os preços oferecidos nas propostas escritas;

2.6.3.2 Pregão eletrônico

O Decreto nº 5.450/2005 além de revogar o Decreto nº 3.697/2000, passou a regulamentar de forma minuciosa o pregão na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns. O pregão eletrônico logo revelar-se-ia como importante instrumento a coibir o desvirtuamento da função pública na medida que ante as inovações trazidas pela criação da modalidade pregão, tanto em sua forma presencial e eletrônica, a regra geral da licitação que tem alçada constitucional, ganhou importante reforço.

Fato relevante é que as inovações contidas no pregão eletrônico foram instituídas por norma regulamentar e teriam promovido alterações ilegais no procedimento licitatório da modalidade. No entanto, embora não afaste o defeito contido no regulamento, existe uma situação fática consolidada, haja vista que todos os órgãos estatais utilizam o pregão eletrônico, incluindo o Poder Judiciário, o que torna implausível a pronúncia da sua invalidade.⁹⁶

De maneira geral, pode-se afirmar que o pregão eletrônico representou uma evolução no processo de democratização da atividade contratual do Estado, aprofundando o compromisso com a garantia constitucional da licitação.

O Pregão Eletrônico caracteriza-se pelo fato de utilizar intensamente os recursos tecnológicos, em especial a internet, visto que seus atos são praticados quase que na totalidade pela internet. Para Diogenes Gasparini o pregão eletrônico, exceto o procedimento eletrônico adotado, em pouco difere do presencial.⁹⁷ Já para Marçal Justen Filho existem diferenças substanciais entre as duas espécies de pregão a ponto de faticamente considerar o pregão comum e o eletrônico como modalidades distintas, embora legalmente essa situação seja fictícia, como descrevemos acima.⁹⁸

Tratando de conceituar exclusivamente o pregão eletrônico o saudoso doutrinador Hely Lopes Meirelles assim dispõe, “pregão eletrônico é aquele efetuado por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, ou seja, por meio da comunicação pela internet.”⁹⁹

⁹⁶ FILHO, **Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico**, p. 17.

⁹⁷ GASPARINI, **Direito Administrativo**, p. 645.

⁹⁸ FILHO, *op. cit.*, p. 15.

⁹⁹ MEIRELLES, **Direito Administrativo**, p. 365.

Para Marçal Justen filho,

O pregão, na forma eletrônica, consiste na modalidade de licitação pública, de tipo menor preço, destinada à seleção da proposta mais vantajosa para a contratação de bem ou serviço comum, por meio de propostas seguidas de lances, em que os atos jurídicos da Administração Pública e dos interessados desenvolvem-se com utilização dos recursos da Tecnologia da Informação, valendo-se da rede mundial de computadores (Internet).¹⁰⁰

Em termos práticos o pregão eletrônico exige como primeiro ato o credenciamento das autoridades competentes para realizar o pregão eletrônico, do pregoeiro, dos servidores da equipe de apoio e dos licitantes, todos os envolvidos no processo de contratação via pregão eletrônico devem obter um credenciamento prévio, junto ao provedor do sistema eletrônico que será utilizado, para que haja a viabilidade do pregão.¹⁰¹

Marçal Justen Filho entende que esse cadastramento prévio não deve ser visto como restrição à participação no certame, mas sim como adoção de um conjunto de providências capaz de dar mais segurança a todos os participantes, por isso quando credenciados os pregoantes recebem uma senha sujeita a sua responsabilidade, mas que visa dar autenticidade aos atos posteriores em nome do interessado cadastrado.¹⁰²

Os possíveis esclarecimentos sobre o certame deverão ser enviados ao pregoeiro até três dias úteis antes da data fixada para a abertura da sessão pública, exclusivamente via internet, no endereço eletrônico indicado no edital. Qualquer pessoa poderá impugnar o ato convocatório do pregão, na forma eletrônica, desde que até dois dias antes da data fixada para a abertura da sessão pública, e o pregoeiro decidirá sobre essa impugnação no prazo de até 24 (vinte e quatro) horas.¹⁰³ Se for acolhida a impugnação, será definida e publicada nova data para realizar o certame. Após a divulgação do edital no endereço eletrônico, os licitantes deverão encaminhar proposta exclusivamente por intermédio do sistema eletrônico.¹⁰⁴ O

¹⁰⁰ FILHO, **Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico**, p. 287.

¹⁰¹ Decreto nº 5.450/2005, art. 3º, caput - Deverão ser previamente credenciados perante o provedor do sistema eletrônico a autoridade competente do órgão promotor da licitação, o pregoeiro, os membros da equipe de apoio e os licitantes que participam do pregão na forma eletrônica.

¹⁰² FILHO, op. cit., p. 302.

¹⁰³ Decreto nº 5.450/2005, art. 18 - Até dois dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar o ato convocatório do pregão, na forma eletrônica.

§ 1º Caberá ao pregoeiro, auxiliado pelo setor responsável pela elaboração do edital, decidir sobre a impugnação no prazo de até vinte e quatro horas.

¹⁰⁴ Decreto nº 5.450/2005, art. 21- Após a divulgação do edital no endereço eletrônico, os licitantes deverão encaminhar proposta com a descrição do objeto ofertado e o preço e, se for o caso, o respectivo anexo, até a data e hora marcadas

pregoeiro então verificará o conteúdo das propostas apresentadas, desclassificando aquelas que não estiverem de acordo com o edital. Essa desclassificação será sempre fundamentada e registrada no sistema, como acompanhamento em tempo real por todos os participantes. Classificadas as propostas, o pregoeiro inicia a fase competitiva, em que os licitantes enviarão as propostas exclusivamente por meio eletrônico, e poderão oferecer lances sucessivos.

Os licitantes serão informados, em tempo real, do valor do menor lance registrado, sendo vedada, entretanto, a identificação do licitante. O pregoeiro, após essa etapa, poderá encaminhar, pelo próprio sistema eletrônico, as contrapropostas ao licitante que ofereceu proposta mais vantajosa. Essa negociação será aberta para todos os demais licitantes por meio do sistema. Encerrada a etapa de lances, o pregoeiro analisará a proposta classificada em primeiro lugar, e verificará a habilitação do licitante.¹⁰⁵

Se a proposta não for aceita ou o licitante não atender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará a proposta subsequente e, assim sucessivamente, na ordem de classificação, até a escolha de uma proposta que atenda ao edital. Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá recorrer, no prazo de três dias, ficando os demais licitantes intimados para apresentarem contrarrazões, que começará do término do prazo do recorrente. Essa modalidade eletrônica se aplica aos órgãos da Administração Federal direta, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente.¹⁰⁶

No que tange a forma, assim como fizemos na análise do pregão presencial, recorreremos à doutrina de Marçal Justen Filho que apresenta as principais diferenças entre as duas espécies de pregão, se no presencial a proposta é apresentada em via física e dele podem participar qualquer interessado, no eletrônico a proposta é apresentada por meio de formulário eletrônico e só podem participar os sujeitos que previamente se credenciaram perante um sistema de controle, além disso, ao contrário do pregão comum onde o credenciamento é

para abertura da sessão, exclusivamente por meio do sistema eletrônico, quando, então, encerrar-se-á, automaticamente, a fase de recebimento de propostas.

¹⁰⁵ Decreto nº 5.450/2005, art. 25 - Encerrada a etapa de lances, o pregoeiro examinará a proposta classificada em primeiro lugar quanto à compatibilidade do preço em relação ao estimado para contratação e verificará a habilitação do licitante conforme disposições do edital.

§ 1º A habilitação dos licitantes será verificada por meio do SICAF, nos documentos por ele abrangidos, quando dos procedimentos licitatórios realizados por órgãos integrantes do SISG ou por órgãos ou entidades que aderirem ao SICAF.

§ 2º Os documentos exigidos para habilitação que não estejam contemplados no SICAF, inclusive quando houver necessidade de envio de anexos, deverão ser apresentados inclusive via fax, no prazo definido no edital, após solicitação do pregoeiro no sistema eletrônico.

§ 3º Os documentos e anexos exigidos, quando remetidos via fax, deverão ser apresentados em original ou por cópia autenticada, nos prazos estabelecidos no edital.

¹⁰⁶ Decreto nº 5.450/2005, art. 1º, Parágrafo único - Subordinam-se ao disposto neste Decreto, além dos órgãos da administração pública federal direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União.

simplificado, o pregão eletrônico exige a entrega de uma quantidade relevante de documentos de forma antecipada, ainda que a habilitação em virtude da inversão das fases só ocorra após a conclusão do certame.

Outra característica é referente à etapa dos lances, no pregão presencial só avançam à essa fase os licitantes que apresentarem preço dentro de certa margem previamente estabelecida, ou no mínimo três participantes, e existe uma ordem para a verbalização dos lances, já no eletrônico todos os participantes tem direito a dar lances em qualquer tempo. Além disso, sempre que houver necessidade de analisar amostras, no pregão comum essa análise pode ocorrer no curso do pregão, já no pregão eletrônico, visto que os participantes não se encontram fisicamente presentes, será necessário suspender a sessão que só será retomada após a apresentação das amostras em hora e lugar determinado.¹⁰⁷

Cabe ressaltar que, ressalvadas as devidas exceções, não é cabível a modalidade pregão nos casos de contratação de obras de engenharia, nas locações imobiliárias e nem nas alienações, de modo geral.

2.6.4 O pregão como licitação de menor preço

O pregão foi criado com o propósito de buscar o menor preço, dessa forma é natural que o seu procedimento não mire a análise técnica, embora essa não seja dispensável na modalidade, mas sim busque propositadamente a obtenção do melhor preço, ou seja, a proposta que represente o menor desembolso financeiro para o órgão licitante.

O pregão é uma modalidade de licitação cujo critério de seleção é o menor preço e a própria lei assim o definiu¹⁰⁸, no entanto a adoção de tal critério não significa que o órgão licitante não deverá levar em conta as características técnicas da proposta, visto que se aplicam subsidiariamente ao pregão todas as ponderações da Lei nº 8.666/93, relativas as

¹⁰⁷ FILHO, **Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico**, p. 15-16.

¹⁰⁸ Lei nº 10.520/2000, art. 4º, X - para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital;

modalidades de licitação do tipo menor preço.¹⁰⁹ Ademais, a diferença entre licitação de melhor preço e de licitação técnica não é a ausência dessa mas sim o critério adotado para julgamento da melhor proposta, visto que nesse caso o preço é quem define quem será contratado, embora os padrões de qualidade e técnica devam ser respeitados e cumpridos conforme estabelecido no edital. Aliás, o edital deve prever os padrões técnicos mínimos do produto ou serviço licitado sob pena de nulidade.

O que ocorre é que inegavelmente nas licitações de menor preço a qualidade não é o fator que irá definir a contratação e sim o preço, porém a análise da qualidade técnica da proposta é totalmente compatível com o tipo de licitação de menor preço e as propostas que não atenderem os padrões editalícios deverão ser desclassificadas.

2.6.5 Breve análise de bens e serviços comuns

Diferentemente das outras modalidades de licitação, que são aplicáveis por força do valor do objeto ou serviço a ser contratado, o pregão encontra sua motivação no tipo de produto ou serviço a ser adquirido.

O Decreto nº 5.450/2005 no seu parágrafo primeiro apresenta a seguinte definição, “consideram-se bens e serviços comuns, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais do mercado”.

Nesse momento nos limitaremos a apresentar o conceito legal visto que é justamente na insuficiência desse conceito que fundamos nossa tese de que a aplicação do pregão pode ser ampliada para outros formatos de compras, serviços e inclusive obras de engenharia, por isso trataremos desse assunto com mais profundidade no terceiro capítulo.

¹⁰⁹ FILHO, Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, p. 11.

2.6.6 Etapas procedimentais do pregão

O pregão possui duas fases em seu procedimento, a fase interna e a fase externa, as quais embora muito semelhantes a outras modalidades de licitação, no pregão invertem-se. Essa inversão será analisada após o estudo das fases propriamente ditas.

a) Fase interna

A fase interna é uma fase preparatória, na qual a autoridade justifica a necessidade da contratação do objeto ou serviço, além de definir todas as demais regras que subordinadas a legislação vigente regerão o certame.

Para Hely Lopes Meirelles,

Como em todas as modalidades de licitação, o pregão possui também uma fase preparatória, que se passa no âmbito interno do órgão ou entidade responsável pela aquisição dos bens ou serviços desejados. Esta fase interna inicia-se com o ato da autoridade competente pelo qual justifica a necessidade de contratação, define seu objeto, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, com fixação dos prazos para o fornecimento (art. 3º, I).¹¹⁰

Por fim, é nesse momento que o órgão designará o pregoeiro, que é o responsável pela condução do pregão, assim como da equipe de apoio que o auxiliará na análise das propostas, documentação, enfim, durante todo o procedimento.

b) Fase externa

A fase externa do Pregão nada mais é do que a fase interna sendo colada em prática. Inicia-se com o aviso, contendo as informações necessárias ao procedimento, tais como o objeto, a indicação do lugar, dias e horários para a emissão das propostas.

¹¹⁰ MEIRELLES, *Direito Administrativo*, p. 363.

O edital deve ser amplamente divulgado a fim de atender o princípio da publicidade. A publicação deve ser no Diário Oficial da União e facultativamente, por meios eletrônicos e em jornais de grande circulação.¹¹¹

Cabe ressaltar que é vedada a exigência de garantia de proposta de aquisição do edital e ao pagamento de quaisquer taxas ou emolumentos, salvo o custo da reprodução gráfica do edital e da utilização dos recursos de tecnologia.

A fase externa compreende todos os atos entre o edital e a declaração do vencedor do certame.

2.6.7 Inversão das fases

Assim como nas demais modalidades de licitação, salvo as peculiaridades do convite e do leilão, o pregão possui duas fases de desenvolvimento, a interna e a externa. De forma geral nas licitações em face de regulamentação da Lei nº 8.666/93, a fase interna está relacionada à atividade do órgão licitante que prepara a licitação e vai até a análise da habilitação do participante e só após a devida habilitação é que se apresentam as propostas, configurando a fase externa.

Assim doutrina Marçal Justen Filho,

Nas licitações da Lei nº. 8.666, avalia-se primeiramente a idoneidade do licitante para executar o objeto do contrato licitado. Somente se abrem as propostas dos licitantes que preencherem os requisitos de habilitação. Essa solução destina-se a evitar que o conhecimento do conteúdo da proposta reduza a autonomia da avaliação do atendimento aos requisitos de habilitação.¹¹²

¹¹¹ Decreto nº 5.450/2005, art. 17 - A fase externa do pregão, na forma eletrônica, será iniciada com a convocação dos interessados por meio de publicação de aviso, observados os valores estimados para contratação e os meios de divulgação a seguir indicados:

I - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais):

- a) Diário Oficial da União; e
- b) meio eletrônico, na internet;

II - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) até R\$ 1.300.000,00 (um milhão e trezentos mil reais):

- a) Diário Oficial da União;
- b) meio eletrônico, na internet; e
- c) jornal de grande circulação local;

III - superiores a R\$ 1.300.000,00 (um milhão e trezentos mil reais):

- a) Diário Oficial da União;
- b) meio eletrônico, na internet; e

c) jornal de grande circulação regional ou nacional.

¹¹² FILHO, Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, p. 13.

As características das fases interna e externa, embora semelhantes para todas as modalidades de licitação, no pregão invertem-se com o objetivo de dar mais celeridade a modalidade, é a chamada inversão das fases. Dessa forma o pregão inicia-se com a fase competitiva, ou seja, primeiro busca-se a melhor proposta para posteriormente proceder à verificação dos documentos e a habilitação.

Nesse sentido prossegue Marçal Justen Filho,

Uma vez esgotada a fase competitiva, passa-se à verificação da idoneidade do licitante melhor classificado. São examinados os documentos pertinentes exclusivamente à habilitação desse sujeito. Por uma praxe difundida, também há exame da aceitabilidade do objeto ofertado por ele. Caso estejam preenchidos os requisitos exigidos, o sujeito é declarado vencedor. Em caso negativo, passa-se ao exame da documentação e da oferta do segundo melhor classificado e assim sucessivamente, até se identificar um sujeito que satisfaça às exigências legais e editalícias. Se e quando tal ocorrer, haverá a proclamação de um vencedor.¹¹³

Em suma, a inversão das fases significa que somente após definido o participante vencedor da disputa se dará a abertura do envelope de documentos de habilitação, e mais, verifica-se tão somente a documentação do vencedor, facilitando assim o processo. Sucessivamente, caso o vencedor não apresente documentação adequada, o participante na sequência dos valores, ou seja, o que ofereceu a proposta inferior ao primeiro vencedor poderá tornar-se o mais novo vencedor da disputa, e assim sucessivamente – caso ocorram novos imprevistos na documentação.

Analisados os aspectos gerais do pregão, no próximo e último capítulo discorreremos a respeito da aplicabilidade e possibilidade de ampliar o pregão para outros tipos de bens e serviços que não os comuns.

¹¹³ FILHO, Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, p. 14.

3 DA APLICABILIDADE DO PREGÃO E SUA AMPLIAÇÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE OUTROS BENS E SERVIÇOS

O pregão é a modalidade de licitação destinada a adquirir bens e serviços comuns, dessa forma é necessário compreendermos a definição legal e doutrinária de serviços comuns, para posteriormente nos aventurarmos a apresentar possibilidades de ampliação da abrangência do pregão, inclusive para bens e serviços considerados não comuns.

3.1 Bens e serviços comuns

Desde a sua introdução no ordenamento pátrio o pregão teve sua aplicação restrita pela lei¹¹⁴ à contratação de bens e serviços comuns. Resta-nos a missão de tentar compreender melhor o que o legislador quis dizer com bens e serviços comuns. A própria lei apresenta uma definição¹¹⁵ de bens e serviços comuns, o problema é que esta definição é muito ampla e vaga. Além disso, a definição legal carece de linguagem mais técnica. O legislador fala em “aquisição de bens e serviços”, mas essa redação abrangente revela-se inadequada, já que os serviços não são adquiridos e sim contratados¹¹⁶.

Para entendermos melhor as razões que levaram o legislador a limitar o uso do pregão para aquisição de bens e contratação de serviços comuns, devemos analisar a finalidade do pregão. O pregão foi criado com o objetivo claro de dar maior celeridade e economicidade às contratações governamentais, por isso, nada mais lógico do que usá-lo somente para aquisição de bens e contratação de serviços comuns.

Ao lado do conceito legal vejamos o conceito doutrinário nas palavras do doutrinador Marçal Justen Filho: “Bem ou serviço comum é aquele integrante de um gênero uniforme ou

¹¹⁴ Lei nº 10.520/2002, art. 1º - Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

¹¹⁵ Lei nº 10.520/2002, art. 1º, parágrafo único - Consideram-se bens e serviços comuns, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais do mercado.

¹¹⁶ FERNANDES, **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**, p. 414.

cujas características técnicas são irrelevantes para a satisfação das necessidades da Administração Pública”.¹¹⁷

Marçal Justen Filho elenca alguns elementos a fim de exemplificar o seu conceito, dentre eles a uniformidade de gênero, a irrelevância das características técnicas e a fungibilidade. No que diz respeito à uniformidade de gênero compreende-se como comum o objeto que integra um gênero de produtos e serviços similares. Já a questão da irrelevância das características técnicas não deve ser encarada como a ausência de requisitos mínimos ou a despreocupação com a qualidade, vale ressaltar que o fato do pregão destinar-se a aquisição de bens ou serviços comuns, não impede que a Administração adote requisitos de qualidade mínima.¹¹⁸

Nesse aspecto, essa irrelevância diz respeito a determinadas características que embora diferenciem o objeto não comprometem a sua função, exemplo disso é um “mouse” de computador, pode ser de várias cores, tamanhos, formatos, mas essas diferenças são irrelevantes desde que todos os mouses, embora distintos apresentem os requisitos mínimos de qualidade previstos no edital. Um bem ou serviço não deixa de ser “comum” simplesmente por que a Administração estabeleceu padrões mínimos de aceitabilidade. Não seria admissível constranger a Administração a adquirir produtos de qualidade inadequada, apenas porque busca o menor preço.

Por fim Justen Filho apresenta como característica de bem e serviço comum à fungibilidade, fazendo um paralelo com a definição do código civil, que considera fungível os bens móveis que podem ser substituídos por outros de mesma espécie, qualidade e quantidade.¹¹⁹

Na prática analisa-se a adequação do produto a modalidade licitatória, em outras palavras, todos os bens que puderem ser licitados adequadamente através da modalidade pregão podem ser considerados comuns. Embora a definição legal subordine o edital as especificações usuais do mercado, é o órgão, de forma discricionária que define os padrões de desempenho e qualidade quando de forma objetiva descreve o bem a ser licitado. É evidente que o bom senso deve nortear a discricionariedade.

¹¹⁷ FILHO, **Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico**, p. 34.

¹¹⁸ FILHO, loc. cit.

¹¹⁹ FILHO, loc. cit.

3.2 Da obrigatoriedade da utilização do pregão

Talvez o maior impacto do Decreto nº 5.450/2005 tenha sido a obrigatoriedade da modalidade pregão nas contratações feitas pela União, não obstante a isso o decreto exigiu que fosse dada preferência à forma eletrônica em detrimento da presencial.¹²⁰ No entanto o parágrafo 1º do art. 4º do referido decreto¹²¹ propõe exceção que nos parece contraditória ou ao menos redundante, ora, se o pregão eletrônico é preferencial dizer que o mesmo pode deixar de ser adotado se for inviável é admitir que a preferencialidade está limitada a viabilidade, logo a viabilidade é quem comanda a escolha.

Dessa forma se a autoridade competente entende que o pregão eletrônico não é a medida mais conveniente, mesmo tendo que motivar a referida decisão, a análise da conveniência ou inconveniência acaba por ser totalmente discricionária, dependendo unicamente da avaliação subjetiva da autoridade competente.

Merece destaque a questão da abrangência de tal obrigatoriedade, mesmo a União que é obrigada ao pregão e deve dar preferência ao eletrônico, pode valer-se do seu poder discricionário para optar por outra modalidade quando existirem razões satisfatórias para isso. Como exemplo dessa situação Marçal Justen Filho apresenta a questão relativa a compra de medicamentos: “não se pode admitir que, para adquirir o produto de menor preço, a Administração incorra no risco de adquirir produtos que colocarão em risco a saúde dos pacientes.”¹²²

Por outro lado, haja vista que o decreto que regulamenta o pregão impõe a modalidade apenas a União, os Estados e Municípios que não criaram regulamento próprio para a matéria, utilizam o pregão facultativamente, valendo-se da regulamentação Federal, e justamente por isso não incide sobre os mesmos qualquer tipo de obrigatoriedade. Além do mais, aqueles que criaram regulamentação própria na maioria dos casos optaram por manter brecha discricionária, como ocorreu com a legislação do Estado do Rio Grande do Sul.¹²³

¹²⁰ Decreto nº 5.450/2005, art. 4º - Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica.

¹²¹ Decreto nº 5.450/2005, art. 4º § 1º - O pregão deve ser utilizado na forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente.

¹²² FILHO, **Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico**, p. 314.

¹²³ Lei estadual nº 13.191, art. 2º, parágrafo 3º - Na hipótese de o pregão eletrônico não se revelar viável, situação que deverá ser comprovada e justificada pela autoridade competente, o pregão presencial, previsto na Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002, terá preferência às demais modalidades de licitação.

Assim sendo, mesmo nas hipóteses de bens e serviços comuns, nada impede que o órgão escolha outra modalidade licitatória a fim de atender o interesse público na compra de bens ou contratação de serviços.

3.3 Vantagens e desvantagens do pregão

A principal desvantagem do pregão, em especial, na forma eletrônica, relaciona-se à supressão dos instrumentos de controle da atividade administrativa, pode-se dizer que em muitos casos a forma simplificada e célere do pregão acaba sacrificando ou no mínimo comprometendo alguns princípios essenciais da Administração Pública e, por conseguinte do sistema de compras públicas, em especial o princípio da publicidade. No entanto é necessário associar e sincronizar a dinâmica da comunicação eletrônica com a observância de certas formalidades legais, o cumprimento dos princípios licitatórios e o controle sobre a atuação dos administrados.

Por outro lado, superada essa crítica, a modalidade pregão, em especial na forma eletrônica, tende a evoluir, e essa evolução há de corrigir eventuais lacunas e cada vez mais suprir as necessidades de contratação dos órgãos sempre primando pela transparência e economicidade, possibilitando ainda mais a dinamização do procedimento previsto na forma presencial.

Para Giovanna Gabriela do Vale Vasconcelos,

Os que defendem o pregão eletrônico vislumbram as suas vantagens: agilidade nas aquisições de bens e serviços; garantia de transparência; segurança; otimização dos recursos; interação de sistemas; redução de custos aos fornecedores e inibição à formação de cartéis. Por outro lado, em que pese as vantagens do pregão, em especial, na forma eletrônica, destacam-se pontos, críticas e reflexões que inspiram certos cuidados. As modalidades clássicas da licitação mostraram-se ineficazes ao longo dos anos, tanto do ponto de vista econômico, considerando o sigilo das propostas, envelopes lacrados, a forma do procedimento, bem como sob o aspecto ético, vez que os conluíus e as fraudes com esse regime jurídico foram e muitas vezes são constatados pela mídia brasileira. A proposta do pregão, tanto em sua forma presencial e eletrônica, é afastar a cogitação de dúvidas sobre a lisura e transparência do processo/procedimento administrativo respectivo. Ocorre que, se por um lado, constata-se a potencialidade do novo regime jurídico para afastar qualquer falha ou

ilegalidade no *iter* procedimental, por outro lado, o que se percebe é se não houver bom-senso, razoabilidade, proporcionalidade, ponderação de princípios, e acima de tudo, ética nas relações jurídicas decorrentes da utilização do pregão, sua utilização não alcançará a plena finalidade.¹²⁴

Marçal Justen Filho apresenta pelo menos três vantagens do pregão em relação as demais modalidades de licitação, são elas: a potencial ampliação das vantagens econômicas; a ampliação do universo de licitantes e a simplificação do procedimento licitatório.

Segundo o autor a primeira se dá em função da possibilidade de ofertar lances ao que chama de mutabilidade do valor oferecido. A segunda, em especial no pregão eletrônico, decorre da não obrigatoriedade do comparecimento físico no local onde se processa o certame, possibilitando com isso à obtenção de propostas mais vantajosas em contrapartida a economia que a empresa licitante obtém ao evitar deslocamentos.

É certo que no pregão eletrônico não há fronteiras, porém se por um lado, como dispõe Marçal Justen Filho isso representa uma vantagem, por outro pode ser motivo de alguns inconvenientes para o órgão contratante, visto que algumas empresas participantes convictas que lograrão êxito em uma quantidade de itens que viabilize a entrega acabam frustrando a mesma quando o volume de negócios não atinge o mínimo esperado. Na prática alguns órgãos optam pelo pregão presencial justamente para evitar o que chamam de aventureiros, ou seja, empresas de regiões muito distantes que se vencedoras de algum item poderão não entregá-lo e mesmo quando fazem, o prazo de entrega resulta muito extenso em função da logística.

A terceira vantagem diz respeito a inversão das fases, através da qual só se avalia a documentação do vencedor e após o encerramento do item, tornando assim o pregão um procedimento muito rápido.¹²⁵

Por outro lado o pregão apresenta algumas desvantagens, as quais Justen Filho chama de vulnerabilidades: a dificuldade no tocante a qualidade da prestação; a redução da segurança da Administração quanto à idoneidade do licitante e a preponderância das empresas de maior poderio econômico.

¹²⁴ VASCONCELOS, Giovanna Gabriela do Vale. **A Garantia Constitucional da Licitação na Modalidade Pregão na Forma Eletrônica**. Disponível em: <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/419/905>. Acesso em: 24.09.2013.

¹²⁵ FILHO, Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, p. 20.

No tocante a qualidade, visto que o pregão é uma modalidade de licitação do tipo menor preço e destinada à aquisição de objetos comuns, os contratantes enfrentam muitos problemas com objetos de qualidade duvidosa e em alguns casos, mesmo com a obtenção da proposta de menor preço o órgão acaba adquirindo objetos que em curto espaço de tempo tornar-se-ão inúteis. Exemplo disso é a compra de máquinas e equipamentos por prefeituras que elaboraram editais genéricos, ou seja, sem especificar padrões de qualidade mínima, como por exemplo, a marca, com isso dezenas de municípios adquiriram niveladoras, tratores e retroscavadeiras, dentre outros, que não possuem peças no Brasil. As máquinas são fabricadas na Ásia e no Brasil não existe quem forneça peças de reposição e muito menos manutenção.

Para evitar situações como essa é necessário que o órgão licitante tome muito cuidado na elaboração do edital, descrevendo claramente os padrões mínimos de qualidade exigidos, para isso deve se fazer assessorar de profissionais técnicos a fim de elaborar o edital com a maior clareza possível e ainda exigir estritamente o necessário. Não é incomum observar editais com exigências desprovidas de finalidade e objetivos práticos, isso além de limitar a participação, o que contraria os objetivos do pregão, em muitos casos acaba atraindo a oferta de produtos de baixa qualidade.

Para o sucesso da contratação revela-se indispensável a presença de profissionais capazes de avaliar as amostras no momento do pregão. Se possível esses profissionais devem integrar a equipe de apoio do pregoeiro, pois de nada adianta fazer as exigências certas no edital se no momento de avaliar a qualidade do produto o pregoeiro é leigo em relação à matéria.

Por fim é imprescindível o controle e fiscalização da execução do contrato, a fim de assegurar que o objeto entregue ao órgão atende não só as exigências do edital como também as características da proposta e em especial da amostra quando apresentada.

Outra desvantagem do pregão reside na dificuldade da Administração verificar a idoneidade do participante, visto que em virtude da inversão das fases essa análise só será realizada após a identificação do vencedor, com isso há uma certa tendência do pregoeiro em relativizar as exigências do edital a fim de manter o participante que apresentou preço interessante para o órgão, no entanto essa relativização acaba por na maioria das vezes criar problemas de qualidade e em muitos casos revela-se como um verdadeiro desastre.

Outra desvantagem do pregão consiste na disparidade das pequenas e médias empresas frente às grandes fornecedoras, isso deve-se unicamente ao volume de negócios, é obvio que uma empresa que adquire milhares de itens acaba logrando melhor preço, com isso é capaz de oferecer um menor preço ao órgão quando for vender esses itens no pregão. Mesmo com a edição da Lei Complementar nº 123, que estabelece algumas vantagens a empresas de médio e pequeno porte, ainda é notória a predominância de grandes empresas como vencedoras de pregões.¹²⁶

Outro ponto que merece destaque diz respeito ao devido processo legal. A Constituição elenca nos incisos LIV e LV do seu art. 5º¹²⁷ a inafastável observância do devido processo legal, que obsta qualquer ação ou decisão administrativa que não observe o princípio do contraditório e da ampla defesa. Nesse sentido, no que tange aos recursos administrativos, em especial no pregão eletrônico, constata-se que o modo de sua interposição viola o Estado Democrático de Direito. O pregão eletrônico, pelas suas características, não possibilita a vista dos documentos e propostas dos licitantes, ou seja, o exame dos documentos de propostas de preços e de habilitação, com isso o próprio recurso e o devido processo legal acabam sendo mitigados.

Nesse ponto o pregão eletrônico precisa ser aperfeiçoado a fim de atender os princípios constitucionais. Não é admissível que se limite o princípio do devido processo legal, em favor do princípio da eficiência e da agilidade, pois com já visto acima, a Administração Pública não segue os mesmos rumos das instituições privadas, visto que sua atuação deve ser previamente autorizada em lei, logo a eficiência deve submeter-se ao devido processo legal e não o contrário.

Por fim merece atenção especial o fato do pregão autorizar a negociação direta entre o pregoeiro e os licitantes. Tal negociação, se feita maliciosamente, poderá ocasionar contratação em moldes diferentes daqueles previamente estabelecidos no edital, de modo a configurar violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Por isso, o pregoeiro deve sempre primar pela transparência, pela ética, pela probidade, pela moralidade e todos os demais princípios norteadores da sua conduta enquanto agente público e ainda, os seus atos e decisões devem ser sempre motivados a fim de minorar os efeitos dessas brechas legais criadas pelo legislador.

¹²⁶ FILHO, **Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico**, p. 21-22.

¹²⁷ Art. 5º, incisos LIV e LV da CF/88

Por fim, não poderíamos deixar de mencionar o pregão eletrônico como instrumento de combate a corrupção. Recentemente a imprensa noticiou que o Brasil ocupa o 69º lugar no ranking mundial da corrupção segundo o índice de percepção da corrupção, calculado pela ONG transparência internacional. Note-se que entre os 176 países pesquisados o Brasil ocupa o 69º lugar. Se por um lado Dinamarca, Finlândia e Nova Zelândia, figuram empatadas no 1º lugar, sendo considerados os países onde menos existe corrupção, ainda pertencemos a metade mais corrupta, que tem como piores representantes o Afeganistão, Coreia do Norte e Somália.¹²⁸

É claro que esse ranking leva em conta todos os setores, não se limitando ao público onde reside o pregão, objeto do nosso estudo, no entanto é inegável que a corrupção no setor público ainda é uma mazela muito presente no nosso país e infelizmente parece que ao invés de regredir tem encontrado terreno fértil para desenvolver-se. As licitações muitas vezes são citadas por lembrarem casos de corrupção e privilégios onde valores milionários são desviados dos cofres públicos.

Embora a lei determine que o processo de compras, eletrônico ou não, deve ter ampla publicidade, é justamente o pregão eletrônico que pode propiciar maior facilidade no combate à corrupção nas compras governamentais, pois essa modalidade permite que todo o processo de compras seja visualizado tanto por fornecedores quanto pela sociedade através da internet, possibilitando maior transparência e conseqüentemente maior controle sobre o processo de compra.

Tratando especificamente da corrupção na área pública acreditamos que o pregão, em especial o eletrônico, pode contribuir muito para a prevenção à corrupção envolvendo as licitações públicas. Isto por que além de impedir a contratação superfaturada, possibilita que o cidadão acompanhe as licitações pela Internet em tempo real e de qualquer lugar.

Não defendemos a tese de que o pregão eletrônico é a solução “final” e “única” para os casos de corrupção, haja vista que o combate a corrupção não depende unicamente de ferramentas eficazes, mas também de evolução e desenvolvimento especialmente no que tange a cultura e a ética dos atores envolvidos no processo. Acreditamos sim que o pregão é capaz de coibir praticas lesivas a Administração.

O que defendemos é a necessidade de cada vez o Estado possuir mais mecanismos de transparência, pois acreditamos que a moralização dos gastos públicos, dentre outro fatores,

¹²⁸ Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/brasil-continua-mal-no-ranking-mundial-da-corrupcao>. Acesso em 02/10/2013

depende diretamente da transparência. E o pregão por sua natureza é sem dúvida uma das formas mais transparente de compras públicas.

Em suma, o pregão eletrônico é capaz de tornar os procedimentos de compras mais transparentes, na medida em que facilita a participação e fiscalização do cidadão.

3.4 O pregão como instrumento da eficiência e economicidade

Inovadoras e simples, as atuais regras do pregão inegavelmente permitem que a Administração não apenas seja mais eficiente como contrate com menor preço.

O princípio da eficiência, hoje constante no caput do art. 37 da Constituição, constitui uma espécie de diretriz ao administrador público que deve planejar ações a fim de melhor atender aos interesses da Administração e dos administrados. O pregão atende ao princípio da eficiência na medida em que através do mesmo o gestor consegue implementar políticas que vêm ao encontro da população e da própria Administração, como por exemplo a celeridade e a otimização dos recursos, lograda nesse caso, a partir da economia obtida com o pregão, atendendo com isso ao princípio da economicidade. Note-se que a eficiência está atrelada de maneira direta a economia alcançada.

Para Hely Lopes Meirelles, “o princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional”.¹²⁹ A partir desse conceito, reafirmamos, embora a Administração Pública não siga o mesmo rumo das instituições privadas, visto que sua atuação deve ser previamente autorizada em lei, não se pode negar que ao deixar de atender os anseios de sua comunidade, inevitavelmente será rotulada como ineficiente. E contratar com economia também faz parte do conceito genérico de eficiência. Nessa seara, o pregão tem se revelado como um importante instrumento a serviço tanto da eficiência e como da economicidade, pois oferece à Administração os meios jurídicos adequados para contratação com menor preço.

¹²⁹ MEIRELLES, *Direito Administrativo*, p. 100.

Como exemplo disso reproduzimos abaixo parte do relatório da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão sobre informações gerenciais de contratações e compras públicas,

Em 2012, as compras governamentais movimentaram R\$ 72,6 bilhões na aquisição de bens e serviços por meio de 231,8 mil processos, levando-se em consideração todas as modalidades de contratação. A dispensa/inexigibilidade de licitação foi responsável por 193,7 mil processos de compras (84%), movimentando R\$ 24,5 bilhões (34%) em aquisições. Por outro lado, foram realizadas 38,1 mil licitações (16%), que empregaram R\$ 48,1 bilhões (66%) para realização das referidas compras. Ao longo dos últimos 6 anos, as contratações públicas por meio de licitações oscilaram entre 63% e 74%, apresentando um crescimento de 84% em 2012 em comparação a 2007. De forma análoga, a dispensa/inexigibilidade variou entre 26% e 37% nessas contratações, apresentando um crescimento de 69% em 2012 em relação a 2007. É importante informar que essas aquisições são excepcionalidades reguladas na Lei nº 8.666/93, que possibilita à Administração Pública a contratação de bens e serviços sem a necessidade prévia de licitação. Comparado às modalidades de contratação, o pregão eletrônico respondeu por 46% das compras governamentais, com um gasto de R\$ 33,6 bilhões, sendo empregado em 34,7 mil processos (15%). Se comparado apenas às modalidades licitatórias, essa forma de contratação foi responsável por 70% dos gastos em aquisições, resultando numa economia para os cofres públicos da ordem de R\$ 7,8 bilhões (19%). Em relação ao número de certames licitatórios, o pregão eletrônico respondeu por 91%. Ressalta-se ainda que, na comparação entre os anos de 2007 e 2012, as licitações por meio do pregão eletrônico cresceram 33% em quantidade e 78% em valores monetários.¹³⁰

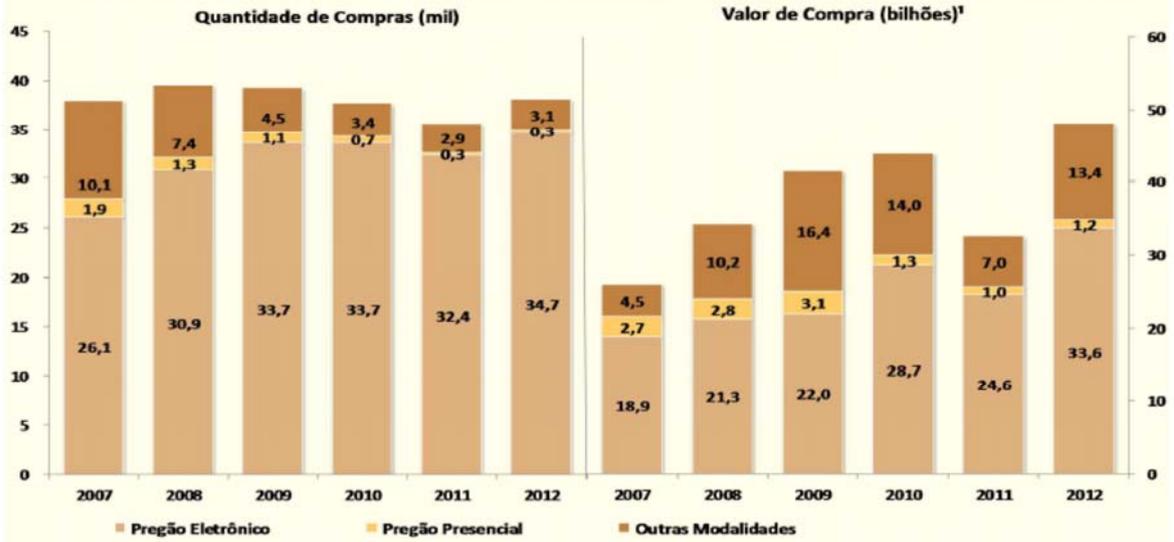
Os percentuais acima citados são retratados nos gráficos abaixo reproduzidos e representam a importância do pregão para a economia dos cofres públicos demonstrando claramente que o pregão hoje é a principal modalidade de licitação, pois mesmo representando apenas 15% dos processos licitatórios, foi responsável por 70% dos gastos com aquisições, por isso o pregão é a modalidade que mais promove economia aos cofres públicos, e somente no ano de 2012 representou uma economia de 7,8 bilhões de reais.

¹³⁰ Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br>. Acesso em 24 de setembro de 2013.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO

Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação – SLTI

Quantidade de processos e valor das compras públicas por modalidade – Órgãos SISG



¹ Valores corrigidos pelo IPCA Dessazonalizado.

Fonte: Comprasnet – janeiro a dezembro.

Elaboração: SLTI/MP.

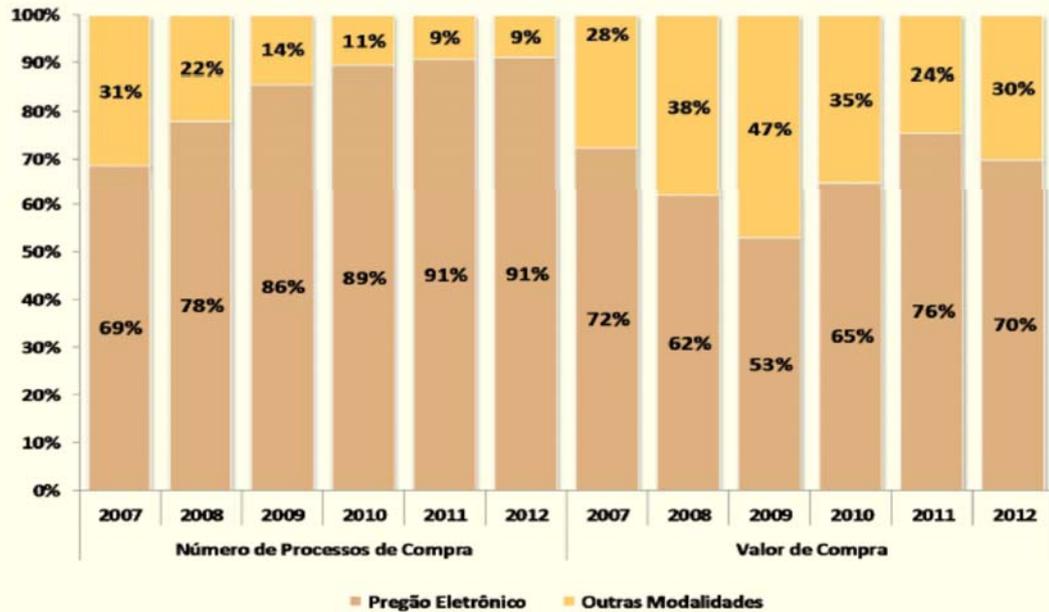
Ministério do Planejamento,
Orçamento e Gestão



MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO

Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação – SLTI

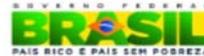
Participação do pregão eletrônico nas licitações públicas – Órgãos SISG (%)



Fonte: Comprasnet – janeiro a dezembro.

Elaboração: SLTI/MP.

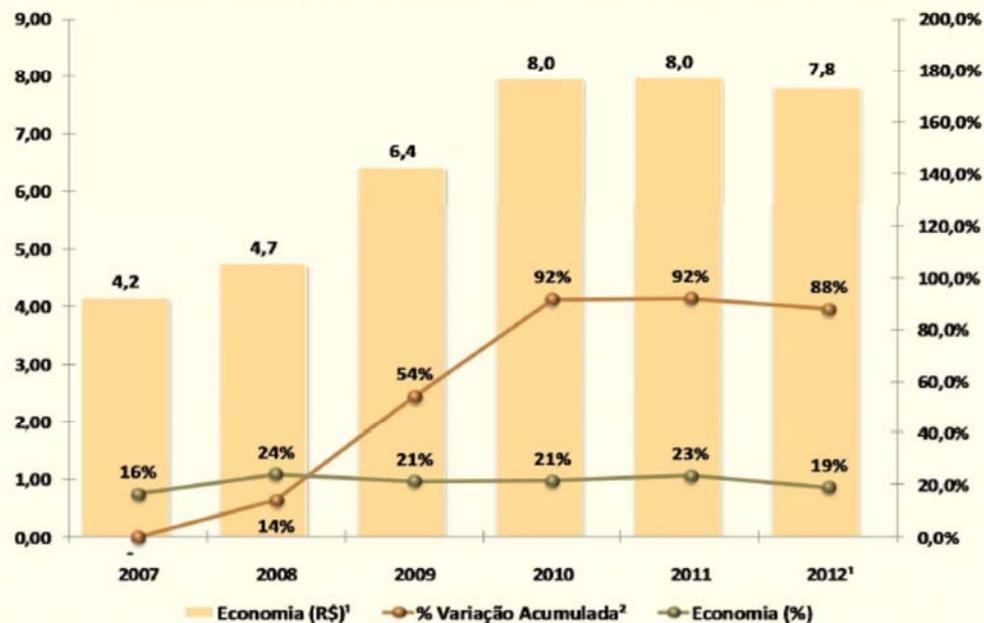
Ministério do Planejamento,
Orçamento e Gestão



MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO

Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação – SLTI

Evolução da economia do pregão eletrônico nas licitações públicas – Órgãos SISG (%)



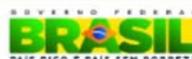
¹ Valores corrigidos pelo IPCA Dessazonalizado.

² Com base no ano de 2007.

Fonte: Comprasnet – janeiro a dezembro.

Elaboração: SLTI/MP.

Ministério do Planejamento,
Orçamento e Gestão



Diante das estatísticas apresentadas é inegável que com o pregão a Administração tem alcançado níveis extremamente relevantes de economicidade, com isso, o pregão contribui, e muito para que a Administração possa cumprir o princípio da eficiência, visto que através da economia gerada pelas compras a menor preço, à Administração pode aplicar os recursos em políticas públicas capazes de gerar mais qualidade de vida, propiciando aos cidadãos o efetivo cumprimento dos direitos previstos na Constituição Federal.

Cabe aqui uma breve reflexão sobre a destinação dos recursos públicos. Vivemos dias amargos nesse sentido. Parece ironia falar em economia nas contratações públicas quando vemos milhões de reais se esvaindo pelos ralos da corrupção, no entanto nos resta a expectativa de que a gestão pública e especialmente os cargos eletivos, sejam ocupados por agentes que façam cumprir a lei e que acima de tudo, tenham compromisso com o povo e atendam as suas demandas.

3.5 O pregão para obras e serviços de engenharia

No tocante ao emprego do pregão para licitar obras e serviços de engenharia, a Lei nº 10.520/2002 não proíbe expressamente a sua utilização, porém, em regra, as obras e serviços de engenharia são complexas, e por isso fogem do objeto do pregão que, conforme vimos, é a contratação de serviços comuns.

Por outro lado, interpretando a norma de forma pura e simples, caso haja uma obra ou serviço de engenharia que seja considerado “comum”, nada impede que seja utilizado o pregão. No estado de São Paulo, por exemplo, o Decreto Estadual nº 47.297/2002 que regulamentou o uso do pregão no âmbito da administração pública estadual, proibia expressamente o uso da modalidade pregão para a contratação de obras, serviços de engenharia, além das contratações de locações imobiliárias e as alienações em geral.¹³² Entretanto o Decreto nº 49.722/2005 alterou o dispositivo em questão e excluiu do rol a

¹³² Decreto Estadual de São Paulo, nº 47.297/2002, art. 2º, § 2º - Excluem-se da modalidade de pregão as contratações de obras e serviços de engenharia, as locações imobiliárias e as alienações em geral. Disponível e: <http://www.al.sp.gov.br>. Acesso em 18 de setembro de 2013.

proibição de contratação para serviços de engenharia, ficando, portanto, somente vedado o uso do pregão para obras, locações imobiliárias e as alienações em geral.¹³³

De igual forma o Estado do Rio Grande do Sul ao legislar sobre a concessão de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas, no âmbito da Administração Pública Estadual, vedou a utilização do pregão para a contratação de obras e serviços de engenharia, como um todo.¹³⁴ No entanto a Lei nº 14.257/2013, mesmo mantendo a vedação da utilização do pregão nas licitações para a contratação de obras e serviços de engenharia abriu uma possibilidade através da recente alteração, que inclui no parágrafo 7º do art. 5º o seguinte texto, “exceto para os serviços de engenharia que sejam de natureza comum”.¹³⁵

Com esses dois exemplos podemos verificar que a Administração Pública já vem tentando ampliar o uso do pregão para os serviços de engenharia tidos como “comuns”. Entretanto não faltam críticas a essa ampliação, que segundo alguns pode acabar descaracterizando o pregão, fugindo até mesmo do seu principal objetivo que é dar celeridade, eficiência ao procedimento. Por outro lado o próprio TCU já se manifestou positivamente a utilização do pregão para o caso de obras e serviços considerados comuns através da súmula nº 257/2010¹³⁶, para a fundamentação da qual relacionou 11 (onze) precedentes.

Associado a essas possibilidades legislativas o já citado relatório da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão sobre informações gerenciais de contratações e compras públicas, destaca que “os serviços gerais de construção para obras de engenharia civil (serviços de obras civis de rodovia e saneamento básico, entre outros) foi o mais contratado entre 2008 e 2010, e seus gastos variaram entre R\$ 1,5 bilhão e R\$ 9,7 bilhões.”¹³⁷

Entendemos que essa ampliação é necessária e saudável. É claro que a doutrina predominante condena essa hipótese sob a argumentação de que essa ampliação desvirtuaria o

¹³³ Decreto Estadual de São Paulo, nº 49.722/2005, artigo 21 - O § 2º do artigo 2º do Decreto nº 47.297, de 6 de novembro de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação:

"§ 2º - Excluem-se da modalidade de pregão as contratações de obras, as locações imobiliárias e as alienações em geral". . Disponível em <http://www.al.sp.gov.br>. Acesso em 18 de setembro de 2013.

¹³⁴ Lei Estadual do Rio Grande do Sul, nº 13.706/2011, art. 5º, § 7º - Fica vedada a modalidade pregão nas licitações para a contratação de obras e serviços de engenharia. Disponível em <http://www.al.rs.gov.br>. Acesso em 18/09/2013.

¹³⁵ Lei Estadual do Rio Grande do Sul, nº 14.257/2013, art. 5º, § 7º - Fica vedada a modalidade pregão nas licitações para a contratação de obras e serviços de engenharia, exceto para os serviços de engenharia que sejam de natureza comum.”. Disponível em <http://www.al.rs.gov.br>. Acesso em 18 de setembro de 2013.

¹³⁶ Súmula TCU nº 257/2010. O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002. Disponível em <http://portal2.tcu.gov.br/TCU>. Acesso em 18 de setembro de 2013.

¹³⁷ Disponível em <http://www.comprasnet.gov.br>. Acesso em 24 de setembro de 2013.

pregão, no entanto compreendemos que se o pregão é eficiente, gera economia, é célere, enfim, com todas as suas vantagens, não há porque não realizar as necessárias adaptações legislativas a fim de ampliá-lo para outras áreas e contratações, aliás defenderemos no próximo e derradeiro tópico, a ampliação do pregão para outros bens e serviços.

3.6 Da ampliação do pregão para outros bens e serviços

É inegável, conforme exposto no tópico 3.3, que o instituto do pregão, em especial o eletrônico, trouxe inúmeras vantagens para as licitações realizadas pela Administração, é claro que os exemplos analisados compreendem tão somente a Administração Pública Federal, no entanto é de se prever que o mesmo ocorre nas outras esferas de poder quando optam pelo pregão. Diante dos resultados patentes no que tange a economia compreendemos que o pregão, por ser modalidade de licitação comprovadamente eficiente, pode ter a sua aplicabilidade ampliada a quase todos os tipos de contratação. Qual seria a razão de não utilizarmos esse mecanismo que tem permitido a todas as esferas administrativas contratar seus bens e serviços com maior celeridade, economia e transparência, para as demais formas de contratações?

No entanto essa possibilidade encontra óbice na doutrina predominante. É o caso de J. U. Jacoby Fernandes que entende como inadequada essa ampliação, “a norma definiu o que deve ser entendido por bens e serviços comuns, não sendo razoável a pretensão de inserir novas características não expressas na norma”¹³⁸, assevera.

De fato, como dito no primeiro capítulo desse trabalho, a Lei nº 10.520/2002 dispõe que o pregão eletrônico aplica-se tão somente às contratações de serviços e bens comuns, cabendo a cada ente, no âmbito de atuação na sua esfera, regulamentar e decidir o que seriam considerados serviços e bens comuns. Valendo-se dessa prerrogativa é que o Chefe do Poder Executivo Federal regulamentou o pregão no âmbito de sua esfera governamental através do anexo II do Decreto nº 3.555/2000¹³⁹, listando os bens e serviços que “decidiu” considerar

¹³⁸ FERNANDES, **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**, p. 414.

¹³⁹ O Decreto nº 3.555/2000, em seu anexo II apresentava um rol exemplificativo de bens e serviços comuns, dentre os quais, água mineral, combustível e lubrificante, gás, gênero alimentício, material de expediente, material hospitalar, médico e de laboratório, medicamentos, drogas e insumos farmacêuticos, material de limpeza e conservação, oxigênio, equipamentos

comum. Usamos o verbo “decidiu” intencionalmente, porque o rol de bens e serviços listados como comuns não era taxativo, sendo sua escolha meramente política, haja vista que inúmeros outros bens e serviços poderiam ser considerados comuns. Atualmente o referido anexo encontra-se revogado pelo Decreto nº 7.174/2010, que regulamenta a contratação de bens e serviços de informática e automação pela administração pública federal, direta ou indireta, pelas fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público e pelas demais organizações sob o controle direto ou indireto da União.¹⁴⁰

Procedendo a análise unicamente do ponto de vista legal fica evidente que não é possível a adoção de pregão para contratação de bem ou serviço em que o critério de julgamento preponderante é a técnica, seja nas licitações do tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço”, pois o pregão é por lei, modalidade de licitação do tipo “menor preço”.

Por outro lado, a legislação deve ser dinâmica e constantemente atualizada, dessa forma entendemos que a principal característica do pregão que consiste na inversão entre as fases de habilitação e julgamento da proposta, poderia facilmente ser aplicada as demais modalidades licitatórias previstas na Lei nº 8.666/93, em especial naquelas destinadas a aquisição. É evidente que seriam necessárias adaptações legislativas, mas ocorridas essas, qual seria o prejuízo da Administração em analisar a documentação habilitatória após já ter identificado as propostas e ordenado à classificação das mesmas?

Marçal Justen filho entende que a inversão das fases incentiva a Administração a ser mais tolerante com a infração de requisitos de habilitação¹⁴¹, no entanto, nos parece que para combater essa presumida tolerância os órgãos devem munir-se de profissionais capacitados e éticos. Embora na prática se constate inúmeros desvios legais e até mesmo de conduta por parte de agentes públicos, especialmente no tocante a área de licitações, não podemos presumir a má-fé, pelo contrário, devemos acreditar na lisura e boa-fé dos agentes e das pessoas como um todo. Atribuir o descuido ou até mesmo os desvios de conduta de alguns servidores públicos a forma da modalidade licitatória não resolve o problemas da corrupção nas contratações, aliás, como já mencionado o pregão, especialmente o eletrônico revela-se como um ferramenta importantíssima de combate a contratações fraudulentas.

em geral, exceto bens de informática, veículos automotivos em geral. Serviços de Apoio à Atividade de Informática, jornal, periódico, revista, serviços de Limpeza e Conservação, serviços de manutenção, dentre outros.

¹⁴⁰ Decreto nº 7.174/2010, art. 14. - Ficam revogados:

I - o Anexo II ao Decreto no 3.555, de 8 de agosto de 2000;

¹⁴¹ FILHO, Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, p. 13.

Outro argumento contrário à adoção do pregão para outras formas de aquisições que não aquelas destinadas a bens e serviços comuns é o curto prazo para elaborar uma proposta técnica e complexa. Argumenta-se que o prazo concedido no art. 4º, inc. V da Lei nº 10.520/2002¹⁴² é insuficiente para elaboração de uma proposta técnica. Esse argumento não merece prosperar, visto que o prazo estabelecido para apresentação das propostas, que é de 8 (oito) dias úteis, não é um prazo imutável. O texto é explícito ao afirmar que esse prazo é um prazo mínimo e nada impede o administrador de no uso de seu poder discricionário, avaliando a complexidade da contratação, estabelecer prazo superior. O mesmo ocorre com o pregão eletrônico.¹⁴³

Assim sendo, embora juridicamente vedado, nos atrevemos a sugerir que é possível a utilização da modalidade pregão para as licitações do tipo “melhor técnica” e “técnica e preço”. Muito embora a doutrina não aceite essa tese, acreditamos que operacionalmente poderia se adotar a análise da técnica previamente a análise do preço tal qual como ocorre hoje na concorrência e tomada de preços, e nos demais atos poderia se seguir as regras exclusivas do pregão. Já nas contratações mais complexas, principalmente nas obras e serviços de engenharia, poderia ser adotada a modalidade na forma presencial.

Por outro lado, a principal preocupação da utilização do pregão para todo tipo de contratação reside da falta de qualidade dos bens e serviços contratados por meio de pregão, especialmente pelo pregão eletrônico. Tal preocupação é relevante e sem dúvida digna de cautela, no entanto entendemos que essa falta de qualidade não está relacionada à modalidade de licitação em si, haja vista que a Administração pode exigir e avaliar amostras previamente.

Não se pode negar que em muitos casos a Administração acaba contratando bens e serviços de péssima qualidade, entretanto é inadequado responsabilizar inteiramente a modalidade pela falta de qualidade dos bens e serviços. Na verdade o pregão possibilita a redução dos preços e isto não pode ser visto como um mal, muito pelo contrário, acreditamos que essa deve ser uma busca constante na Administração Pública. Nesse ponto voltamos a enfatizar a necessidade de profissionais altamente treinados para exercer a função de pregoeiro, bem como para a equipe de apoio.

¹⁴² Art. 4º - A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:
V - o prazo fixado para a apresentação das propostas, contado a partir da publicação do aviso, não será inferior a 8 (oito) dias úteis;

¹⁴³ Decreto nº 5.450/2005, Art. 17 - A fase externa do pregão, na forma eletrônica, será iniciada com a convocação dos interessados por meio de publicação de aviso, observados os valores estimados para contratação e os meios de divulgação a seguir indicados:
§ 4º O prazo fixado para a apresentação das propostas, contado a partir da publicação do aviso, não será inferior a oito dias úteis.

Para coibir a contratação de bens e serviços de qualidade duvidosa é indispensável que o profissional responsável pela condução do certame tenha domínio não apenas da matéria técnica, isto é do instituto da licitação como um todo, como também tenha habilidades do mundo corporativo a fim de com base nas pesquisas prévias de mercado barrar através da desclassificação as propostas que se demonstrem inexecutáveis. Aliás, o pregoeiro tem o dever de legal de desclassificar as propostas cujos valores globais ou unitários sejam simbólicos ou irrisórios.¹⁴⁴

O mesmo ocorre com propostas que contenham valores superiores aos de mercado, sendo que se as de preço irrisório inserem produtos de qualidade duvidosa nas contratações, essas ferem o princípio da economicidade permitindo que valores superiores aos devidos sejam pagos a particulares, o que em muitos casos estimula a prática da corrupção. É certo que em ambos os casos a Administração Pública é lesada e de igual forma, em ambos os casos cabe ao pregoeiro no exercício das suas atribuições legais desclassificar propostas que apresentem preço vil ou exacerbado.

No tocante a última hipótese orienta Benedicto de Tolosa Filho,

[...] o pregoeiro deve se negar a classificar a melhor proposta quando, em razão da sua percepção de mercado, lastreada no conhecimento de um cidadão com conhecimentos médio (qualidade que deve ser exigida do pregoeiro), entender que esses preços estão estimados com valores superiores aos praticados pelo mercado formal. Essa percepção prevalece com produtos corriqueiros, como gêneros alimentícios, produtos comuns de informática, material de limpeza, produtos de higiene etc. Dessa forma, mesmo que as estimativas indiquem preços mais elevados, sob pena de responsabilidade solidária, o pregoeiro deve desclassificar as propostas.¹⁴⁵

Ainda, para evitar que bens de qualidade duvidosa sejam contratados, é necessário que a Administração utilize com prudência o termo de referência, pois é através dele que ocorre a formalização documental das avaliações da Administração acerca dos custos, prazos,

¹⁴⁴ Lei nº 8.666/93, art. 44, § 3º - No julgamento das propostas, a comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei. § 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.

¹⁴⁵ FILHO, Benedicto de Tolosa. **Pregão. Uma nova modalidade de licitação**. 5ª ed. – revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 37.

tecnologias, bem como todos os detalhes relevantes para a celebração do contrato, incluindo a qualidade mínima.¹⁴⁶

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

O pregão constitui um avanço na concepção do procedimento licitatório, a começar, porque ele inverte a ordem procedimental, procurando verificar quem venceu a licitação, para depois conferir a documentação da habilitação do vencedor. Valoriza-se com isso, um precioso tempo que iria ser gasto no exame da documentação de licitantes que foram eliminados no julgamento das propostas, como também a diminuição dos custos.

É importante ressaltar que o agente público deve enxergar na Licitação Pública uma forma de agilidade, mas que deve ser usada de modo eficiente, racional e dentro da legalidade.

Com a utilização do pregão, especialmente na forma eletrônica, ocorre uma maior eficiência nas compras públicas, com o aumento da competitividade e ampliação de oportunidades de participação, diminuição dos gastos, desburocratização, e ainda a possibilidade de fiscalização, assegurando a transparência necessária nas compras públicas.

A legislação proporciona ao agente público a possibilidade de escolher a modalidade mais adequada para a situação prevista, mas conforme já mencionado, nos parece que dentre tantas, o pregão é a que mais produz resultados para a Administração, em todos os aspectos, haja vista que esse procedimento licitatório proporciona a Administração Pública celeridade, eficiência e economia, além de transparência, com já mencionado.

Se retornarmos ao capítulo primeiro desse trabalho e nos aprofundarmos no tópico da evolução legislativa relativa ao instituto da licitação no direito brasileiro, facilmente constataremos que antes da Constituição Federal de 1988 as legislações relativas ao tema eram frágeis e não conferiam segurança e transparência. Porém é preciso reconhecer que os esforços anteriores, resultaram em ajustes reais na construção constitucional e leis de apoio à prática de eficientes processos de licitações.

¹⁴⁶ FILHO, Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, p. 85.

A legislação deve ser dinâmica e deve sempre acompanhar e atender a evolução social. Dizemos isso para fundamentar a necessidade de urgentes mudanças legislativas no tocante a licitação no direito brasileiro, em especial em relação a modalidade pregão. Acreditamos que assim como a Constituição Federal de 1988 introduziu mudanças significativas que acabaram por consagrar a licitação em nosso ordenamento, novamente precisamos de uma legislação moderna e que possibilite a adequação das principais modalidades licitatórias previstas na Lei nº 8.666/93 ao pregão, como forma de possibilitar a aplicação das positivas e já comprovadas vantagens do pregão a outras formas de contratações públicas.

CONCLUSÃO

Observamos nesse trabalho que a licitação é imprescindível para que a Administração possa realizar contratar com particulares a fim de permitir o perfeito funcionamento da máquina pública. Dessa forma a licitação existe para servir ao interesse público e não para afrontá-lo, daí a conclusão de que a licitação consagra-se como um dos mais importantes institutos do Direito Administrativo.

Nesse diapasão, embora modernamente se exija dos Administradores Públicos resultados eficientes, a atenção aos princípios do Direito Administrativo é indispensável, pois, não se pode aceitar que em nome da eficiência e da celeridade todo o conjunto principiológico seja violado.

Por outro lado, como dissemos na introdução desse trabalho, a licitação é ao mesmo tempo a porta de entrada e saída para bens e serviços junto aos órgãos públicos, por isso mesmo a Administração Pública deve constantemente modernizar e ampliar os instrumentos disponíveis, dentre os quais, inserto no instituto da licitação, encontra-se o pregão. Através de editais bem elaborados, o que exige uma equipe bem treinada, com certeza a Administração realizará contratações de qualidade, gerando assim uma considerável economia para os cofres públicos, beneficiando não apenas os licitantes, mas a própria Administração Pública e a sociedade como um todo.

Por ser uma ferramenta capaz de produzir grande economia para os cofres públicos, entendemos que deve haver, por todos os órgãos da Administração direta e indireta, maior atenção ao pregão, em especial na forma eletrônica, pois o mesmo revolucionou as compras públicas e tornou-se uma tendência, a ponto de suas características, embora exclusivas, influenciarem na elaboração de outras legislações. Isso sinaliza positivamente a possibilidade de ampliá-lo.

É inegável que o pregão trouxe dinamismo ao procedimento e potencializou os princípios da eficiência e da economicidade, no entanto concluímos que a modalidade ainda carece de ajustes, especialmente no eletrônico. Para tanto se faz necessário que o legislativo revise e modernize a legislação sobre o assunto. Precisamos de um texto legislativo que corresponda à complexidade das negociações atuais sem engessar as contratações e ao mesmo

tempo respeite os princípios da legalidade, publicidade, isonomia, devido processo legal, supremacia do interesse público, dentre outros.

Com base nos resultados do pregão, defendemos que o mesmo deveria ser ampliado para outras formas de contratações, ou então, que no mínimo as outras modalidades incorporassem as principais características do pregão. Acreditamos que muitas dessas características poderiam facilmente ser aplicadas as demais modalidades licitatórias previstas na Lei nº 8.666/93, em especial naquelas destinadas a aquisição. A inversão das fases, por exemplo: Qual seria a desvantagem da Administração analisar a documentação habilitatória após já ter identificado as propostas e ordenado à classificação das mesmas? A doutrina acredita que a inversão incentiva a Administração a ser mais tolerante com a infração de requisitos de habilitação, do que discordamos, pois, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório não abre espaço para tal suposição. Basta que o pregoeiro atue em estrita sintonia com a legislação e com o instrumento convocatório.

Ainda, não se pode olvidar que a utilização do pregão, em muitos casos faz com que a Administração contrate bens e serviços de qualidade duvidosa, entretanto entendemos que é inadequado responsabilizar inteiramente a modalidade pela falta de qualidade dos bens e serviços. Nesse ponto, voltamos a enfatizar, para evitar contratações indesejadas revela-se indispensável que o órgão conte com profissionais extremamente qualificados, assim esse risco será minimizado e absorvido pela segurança e conhecimento do pregoeiro e sua equipe.

Assim sendo, embora juridicamente vedado, nos atrevemos a sugerir que é possível a utilização da modalidade pregão para as licitações do tipo “melhor técnica” e “técnica e preço”. Acreditamos que operacionalmente poderia se adotar a análise da técnica previamente a análise do preço tal qual ocorre hoje na concorrência e tomada de preços, e nos demais atos poderia se seguir as regras exclusivas do pregão. Já nas contratações mais complexas, principalmente nas obras e serviços de engenharia, poderia ser adotada a modalidade na forma presencial.

Não obstante o pregão poderia ser aplicado em contratações diferenciadas, pois com a possibilidade de analisar amostras o pregoeiro e sua equipe poderiam facilmente aferir a qualidade do serviço ou produto oferecido, independente de ser ele comum ou não. Além do mais, o prazo estabelecido para apresentação das propostas, que é de 8 (oito) dias úteis, não é um prazo imutável. O texto é explícito ao afirmar que esse prazo é um prazo mínimo e nada impede o administrador de no uso de seu poder discricionário, avaliando a complexidade da contratação, estabelecer prazo superior. Nesse ponto em específico

entendemos que o legislador ao ampliar o pregão para outras contratações poderia fixar faixas de prazo diferenciadas, considerando as peculiaridades de cada setor. Por exemplo, para bens e serviços comuns, 8 dias. Para obras e serviços de engenharia, considerados comuns, 15 dias. Para obras e serviços de engenharia considerados complexos, 30 dias.

Nas modalidades tradicionais, como a concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão, os licitantes devem cumprir uma série de procedimentos o que resulta em mais demora e gastos para a Administração Pública. Já no contexto da análise empreendida, evidenciou-se que comparativamente às demais modalidades de licitação, o pregão além de ser a mais transparente das formas de licitação, permite contratações com um custo reduzido, além de minorar os gastos com recursos materiais e humanos a fim da realização do certame.

Observamos ainda que o pregão vem demonstrando ser uma importante ferramenta a serviço da transparência nas compras públicas. Se infelizmente ainda existe corrupção no meio licitatório, o pregão eletrônico destaca-se como um aliado indispensável no combate a essa prática nociva que mina e corrói a Administração Pública brasileira.

Não se pode omitir que a força normativa da garantia constitucional da licitação submete-se ao exercício contínuo da ética, da moralidade e da probidade administrativa nos atos administrativos dos agentes públicos. Sem a observância desses três princípios, seja qual for a modalidade licitatória, estará fadada ao fracasso. Dito isso, apesar das críticas, não se pode negar que a modalidade pregão representa uma evolução na licitação brasileira, pois de certa forma desburocratizou o processo de compras públicas no Brasil.

Por fim, do ponto de vista legal não resta dúvida que o pregão deve ser utilizado apenas para a aquisição de bens e serviços comuns. No entanto, diante dos bons resultados e do sucesso da modalidade licitatória acreditamos que se faz necessário uma profunda e urgente mudança legislativa a fim possibilitar a utilização do pregão para aquisição de outros bens e serviços que não os considerados comuns.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. In: PRESIDÊNCIA. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 de setembro de 2013.

_____. Decreto n. 4.536, de 28 de janeiro de 1922. Organiza o Código de Contabilidade da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D4536.htm>. Acesso em: Acesso em 18 de setembro de 2013.

_____. Decreto Federal nº 3.555 de 08 de agosto de 2000. Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3555.htm>. Acesso em: Acesso em 18 de setembro de 2013.

_____. Decreto Federal nº 5.450 de 31 de maio de 2005. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm>. Acesso em: Acesso em 18 de setembro de 2013.

_____. Decreto Federal nº 7.174 de 12 de maio de 2010. Regulamenta a contratação de bens e serviços de informática e automação pela administração pública federal, direta ou indireta, pelas fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público e pelas demais organizações sob o controle direto ou indireto da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7174.htm>. Acesso em: Acesso em 18 de setembro de 2013.

_____. Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm>. Acesso em: 18 de setembro de 2013.

_____. Lei Federal nº 8.666/93, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos administrativos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 18 de setembro de 2013.

_____. Tribunal de Contas da União. Súmula TCU nº 257 de 28 de abril de 2010. Disponível em < <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia/sumulas>>. Acesso em: 18 de setembro de 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERNANDES, J. U. Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 3. ed. ver., atual. e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. ver., ampl., e atualizada até a emenda constitucional 56/2007. São Paulo: Malheiros, 2008.

FILHO, Benedicto de Tolosa. **Pregão. Uma nova modalidade de licitação**. 5. ed. rev., atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FILHO, Marçal Justen. **Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2013.

FILHO, Marçal Justen. **Comentários a Lei de Licitações e contratos Administrativos**, 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo**. 38. ed. atual. por Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. revista e atualizada até a Emenda Constitucional 56, de 20.12.2007 São Paulo: Malheiros, 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Lei Estadual nº 13.706, de 06 de abril de 2011. Dispõe sobre a concessão de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas, no âmbito da Administração Pública Estadual.

Disponível em:

<http://www.al.rs.gov.br/Legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXT0&Hid_TodasNormas=55977&hTexto=&Hid_IDNorma=55977>.

Acesso em: Acesso em 18 de setembro de 2013.

_____. Lei Estadual nº 14.257, de 05 de julho de 2013. Altera a Lei n.º 13.706, de 6 de abril de 2011, que dispõe sobre a concessão de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas, no âmbito da Administração Pública Estadual. Disponível em:

<<http://www.compras.rs.gov.br/coe/VisualizaNoticia.do?acao=visualiza&idNoticia=1545>>.

Acesso em: Acesso em 18 de setembro de 2013.

_____. Lei estadual nº 13.191, de 30 de junho de 2009. Dispõe sobre o pregão eletrônico no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul e dá outras providências. Disponível em:

<<http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/13.191.pdf>>. Acesso em: Acesso

em 18 de setembro de 2013.

SÃO PAULO. Decreto Estadual nº 47.297, de 6 de novembro de 2002. Dispõe sobre o pregão, a que se refere a Lei federal n.º 10.520, de 17 de julho de 2002, e dá providências correlatas. Disponível em:

<<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2002/decreto%20n.47.297,%20de%2006.11.2002.html>>. Acesso em: Acesso em 18 de setembro de 2013.

_____. Decreto Estadual nº 49.722, de 24 de junho de 2005. Dispõe sobre o pregão realizado por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, a que se refere o § 1º, do artigo 2º, da Lei federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e o artigo 10 do Decreto nº 47.297, de 6 de novembro de 2002, e dá providências correlatas. Disponível em:

<<http://www.pregao.sp.gov.br/legislacao/decretos/decreto49722.htm>>. Acesso em: Acesso em 18 de setembro de 2013.

VASCONCELOS, Giovanna Gabriela do Vale. A Garantia Constitucional da Licitação na Modalidade Pregão na Forma Eletrônica. **Direito Público**. Disponível em:

<<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/419/905>>.

Acesso em: 24.09.2013.