



FACULDADE BAIANA DE DIREITO

DAVI FREITAS DANTAS DULTRA

**LICITAÇÃO E PREGÃO ELETRÔNICO:
Análise à luz da Aplicabilidade, Benefícios e Controvérsias**

**SALVADOR
2019**

DAVI FREITAS DANTAS DULTRA

**LICITAÇÃO E PREGÃO ELETRÔNICO:
Análise à luz da Aplicabilidade, Benefícios e Controvérsias**

Monografia apresentada ao Curso de Pós Graduação em Licitações e Contratos Administrativos, como requisito para obtenção do título de Pós Graduado, na Faculdade Baiana de Direito.

SALVADOR
2019

DAVI FREITAS DANTAS DULTRA

**LICITAÇÃO E PREGÃO ELETRÔNICO:
Análise à luz da Aplicabilidade, Benefícios e Controvérsias**

TCC aprovado em ___/___/___.

Orientador:

Examinador:

Examinador:

SALVADOR
2019

*A minha família, uma dádiva de Deus em
minha vida, dedico.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, ao Pai Celestial em quem eu confio, que com sua força e poder soberano, me permitiu viver para realizar esse sonho.

Ao meus pais, por todo legado que me deixou. Que me ensina mais com exemplos do que com palavras.

Ao Professores, por compartilharem conhecimentos e experiências, pelas instruções valiosas, pelo auxílio inestimável que com seu rico conhecimento e muito boa vontade me apoiou na realização desta etapa final da graduação.

*“Quando vou a um país, não examino se há boas leis,
mas se as que lá existem são executadas,
pois boas leis há por toda parte”.*

Montesquieu

RESUMO

A presente monografia refere-se a licitações públicas e os princípios que devem ser analisados e assegurado, principalmente o que diz respeito à modalidade conhecida por pregão eletrônico. Isto posto, serão observadas as características principiológicas e metodológicas diante das demais modalidades de certames, possibilitando uma pesquisa e constatação dos proveitos em análise comparados. Contudo, o assunto abordado também proporciona inúmeras discussões, debates e observações, de uma forma que venha também ser apontadas características que causem controvérsias que são peculiares à modalidade eletrônica, proporcionando assim, ao levantamento de argumentos e opiniões, possibilitando a uma elucidação maior sobre o tema abordado.

Palavras-chave: Princípios. Pregão eletrônico. Licitações Públicas. Benefícios e Controvérsias.

ABSTRACT

This monograph refers to public bids and the principles that should be analyzed and ensured, especially as regards the modality known as electronic bidding. This tour, will be observed the principiológicas and methodological characteristics before the other modalities of exhibitions, enabling research and observation of comparative income. However, the topic also provides numerous discussions, debates and comments, in a way that will also be identified characteristics that cause controversies that are peculiar to electronic form, thus providing, the survey of arguments and opinions, allowing a greater elucidation about the subject.

Key words: Principles. Electronic tender. Public tenders. Advantages and controversies.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	LICITAÇÕES PÚBLICAS	13
2.1	Conceito e Finalidade	13
2.2	Disciplina Legal	17
2.3	Princípios	18
2.3.1	Princípios da Administração Pública	19
2.3.2	Vinculação ao Instrumento Convocatório	21
2.3.3	Julgamento Objetivo das Propostas	22
2.3.4	Competitividade	22
2.3.5	Razoabilidade e Proporcionalidade	23
2.4	Tipos de Licitação	23
2.5	Modalidades de Licitação	26
2.6	Procedimento da Licitação conforme a Lei n.º 8.666./1993	30
3	A MODALIDADE PREGÃO	35
3.1	Conceito e Finalidades	35
3.2	Pregão e suas Fases	38
3.3	Pregão Eletrônico e Pregão Presencial	46
3.4	O Procedimento Peculiar do Pregão Eletrônico: os benefícios do pregão quando encontra-se no formato eletrônico	47
3.5	Vantagens do Pregão em sua Forma Eletrônica	49
4	ASSUNTOS POLÊMICOS RELACIONADOS À MODALIDADE ELETRÔNICA....	51
4.1	A Utilização de Softwares nos pregões eletrônicos	51
4.2	Jurisprudência e os Softwares robôs	53
4.3	Vantagens e desvantagens do uso eletrônico	54
4.4	Frustração da Concorrência por combinação entre empresas	57
4.5	O Cadastro Prévio e a Competitividade	58
4.6	O Relato de Qualidade Inferior nos Objetos que são Contratados através dos Pregões Eletrônicos	61
4.7	As peculiaridades do Pregão Eletrônico diante do SICAF	64
5	CONCLUSÃO	68
	REFERÊNCIAS	69

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal do Brasil promulgada em 1988, prevê o instituto conhecido como Licitação que tem sido regulado por meio do princípio da Administração Pública, assegurando a igualdade de condições a todos os concorrentes.

Embora a história demonstre que houve momentos no qual algumas atividades tinham indícios que visavam intimidar, como a arbitrariedade de alguns administradores frente às contratações efetuadas pelo governo, as licitações tem buscado por meio do Estado Democrático de Direito, um modelo de instrumento fundamental que coloca em evidência a forma normativa, preservando a tutela dos Direitos e Garantias Fundamentais do ser humano como princípio basilar, incluindo-se, também a igualdade de todos diante da lei, como as leis infraconstitucionais e acórdãos internacionais que consolidam os Princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência.

O Brasil ampliou sua responsabilidade com os direitos humanos quando se tornou signatário de acordos internacionais, como por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, editada e compartilhada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948, que traz em suas propostas humanitárias uma variedade de objetivos democráticos e de proteção aos direitos dos seres humanos e a igualdade de todos diante da lei brasileira, e isso inclui nos certames licitatórios.

No que diz respeito ao valor das licitações diante do universo público, a sociedade tem efetuado um acompanhamento ainda maior, exigindo do Estado uma posição ainda mais prudente frente aos gastos públicos, para que seja adquirido serviços e bens de terceiros.

Com efeito, para assegurar e garantir os atos que tem tomado, criou o Estado, instrumentos que viabilizam ao administrador, que possa ser aplicado de maneira eficiente, todo o dinheiro público, por meio do instrumento de licitações.

Dessa forma, serão aplicados e executados os princípios que regem os atos da administração pública que se encontram expressos na Constituição Federal do Brasil, como a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, como também outros princípios que ao longo dessa análise, serão explanados para melhor entendimento do assunto.

É nesse contexto que, em sede de Direito, está a Lei nº 8.666/1993, Lei de Licitações e Contratos Administrativos e a Lei 10.520/2002 com a finalidade precípua de assegurar que várias pessoas possam concorrer em igualdade de condições, quando estão disputando um procedimento licitatório. Ou seja, é uma lei que permite que a Administração Pública possa escolher a proposta mais vantajosa, com foco na preservação dos direitos dos envolvidos, para que não sejam ignorados quando os indivíduos estão em concorrência, visando também o Desenvolvimento Nacional.

Devido a complexa e árdua tarefa que possui o Estado Contemporâneo, diante do desenvolvimento tecnológico de manter e o equilíbrio social e gerir a máquina pública, as Licitações Públicas foram exigidas e são fundamentais, não podendo permitir que ficasse somente a critério do administrador a escolha de pessoas que seriam contratadas, podendo surgir escolhas impróprias e escusas, divergente do interesse coletivo. Assim, instituindo a licitação, foi capaz de proporcionar o melhor desenvolvimento, crescimento nacional e liberdade, dando margem a eficiência no procedimento licitatório e suprimindo as necessidades do Estado com o aprimoramento da sua economia.

Contudo, esse estudo desenvolvido visa analisar de maneira breve, apresentando uma visão embasada diante das modalidades de licitações e aprofundar um pouco mais na mais nova modalidade administrativa, o pregão eletrônico.

A modalidade pregão com base na Lei n.º 10.520/2002, tem por característica o procedimento ao qual ocorre a inversão das propostas, ou seja, a apresentação de preços e documentos para habilitação que podem ser invertidos, fazendo com que se torne mais célere o procedimento licitatório, reduzindo os valores, diferente das outras modalidades, vindo gerar ao erário, uma grande economia.

Essa visibilidade sobre a licitação, a Administração Pública, o Desenvolvimento Nacional e a aplicação dos preceitos da Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), e da Lei n.º 10.520/2002 (Lei do Pregão), conduz a uma problemática jurídica que suscita investigação, portanto, questiona-se: a Lei nº 8.666/1993, Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei n.º 10.520/2002, lei do Pregão e a preservação ao Princípio do respeito à Dignidade da Pessoa Humana são contempladas na operacionalização do sistema Licitatório

brasileiro quando ocorre uma licitação sob a tutela da Administração Pública, diante da modalidade de licitação pregão?

Uma realidade diametralmente oposta à que é preconizada no texto constitucional no que diz respeito à garantia do equilíbrio social, dos direitos humanos e o poder de coerção que possui a Administração Pública sobre atos delituosos, é o que vem sempre sendo registrado pela mídia em todas as suas modalidades, quando denuncia que ocorre por meio de empresas, a falta de observância aos princípios constitucionais que estão registrados no artigo 37, da Constituição Federal Brasileira, quando vence uma licitação recebendo a ajuda de administrador de órgão público, visando obter lucros financeiros através de obras que estão sendo executadas por meio de licitação, como também frustrar, fraudar, por meio de ajustes, conluíus ou combinações secretas, a visão competitiva da licitação, no intuito de receber vantagens financeiras, demonstrando, que as obrigações do Estado com o indivíduo que está de forma idônea, bem como outros procedimentos relacionados ao erário, existem apenas no papel.

Nessa perspectiva, o estudo desenvolvido sobre a Lei de Licitações e Contratos Administrativos e a Lei do Pregão sob a ótica do Princípio da Dignidade Humana, teve como objetivo geral, estudar e analisar alguns pontos críticos no funcionamento das Licitações no Brasil quando há violação de direitos dos licitantes já assegurados pelo texto constitucional e leis infraconstitucionais.

Como objetivos específicos, o mesmo estudo buscou descrever os principais aspectos históricos do sistema licitatório brasileiro; também, analisar algumas deficiências na operacionalidade desse sistema, que demonstram na prática o não cumprimento das determinações da Lei de Licitações e Contratos Administrativos e a Lei do Pregão; e ainda, abordar os Princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, que podem ser evocado através do texto constitucional e leis infraconstitucionais, para a preservação do direito do licitantes que está sob a tutela da Administração Pública.

É fato inconteste, que se o Estado promove o procedimento licitatório para que haja uma concorrência em igualdade de condições, isso deve ocorrer dentro dos limites determinados pela interpretação constitucional, embasado nos Princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, e demais princípios que garantem o equilíbrio social adequado aos concorrentes.

Diante dessas considerações, se justifica a realização do estudo sobre a Lei de Licitações e Contratos Administrativos e a Lei do Pregão na atualidade, pelo seu potencial de ampliar conhecimentos acadêmicos em sede de Direito, sobre a aplicação do Princípio da Dignidade Humana através dos Princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência como recursos para a preservação de direitos dos indivíduos concorrentes, face aos mecanismos que regulam o poder que tem o Estado para punir atos criminosos que prejudicam a máquina pública.

O procedimento metodológico para a realização desse estudo recorreu à pesquisa bibliográfica através da revisão de literatura, que na área administrativa é considerada como fator imprescindível para que o pesquisador possa obter elementos necessários para a pesquisa em geral ou para a realização de um estudo em particular dentro de determinado limítrofe do conhecimento humano.

Utilizando o método dedutivo que parte do geral para conhecer o específico, admitindo a existência de princípios reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis os quais possibilitam atingir conclusões de maneira formal, através unicamente de sua lógica, foi possível sinalizar algumas lacunas existentes na operacionalização da Lei de Licitações e Contratos Administrativos e a Lei do Pregão, principalmente quando não recepcionam a aplicação dos Princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência em vigor.

A área de estudo foi abrangente, sobre os institutos legais que contemplam os Direitos e Garantias Fundamentais dos indivíduos, como a Constituição Federal, o Direito Administrativo, a Lei n.º 8.666/1993 e a Lei n.º 10.520/2002, entre outros que representam instrumentos para qualquer intervenção no tratamento dispensado ao licitante pelo sistema licitatório brasileiro.

Os dados secundários foram coletados através da literatura específica na forma impressa, cujas informações estão subsidiadas pela Constituição Federal de 1988, Direito Administrativo, a Lei n.º 8.666/1993 e a Lei n.º 10.520/2002.

A técnica de pesquisa se efetivou através da escolha das publicações que foram selecionados obedecendo aos seguintes critérios: os Direitos e Garantias Fundamentais oriundos da CF, Lei n.º 8.666/1993 e a Lei n.º 10.520/2002 e o tratamento específico a manutenção dos direitos dos Licitantes. Os critérios de exclusão foram: não relacionados ao tema e/ou publicações sobre o mesmo assunto, mas que não estão sendo tratadas no âmbito do Direito Administrativo.

A composição desse estudo se concretizou através de três capítulos distintos.

O primeiro capítulo aborda as Licitações Públicas, buscando alcançar um conceito e compreendendo sua etimologia. Também discorre sobre a constitucionalização desse princípio e sua aplicação no âmbito do sistema Licitatório brasileiro.

O segundo capítulo incide sobre as Modalidades de Pregão no Brasil e seu modelo operacional, pontuando sobre os direitos dos licitantes sob a interpretação do Direito Constitucional e do Direito Administrativo. Também sinaliza para possíveis avanços e retrocessos no funcionamento do sistema licitatório brasileiro.

No terceiro capítulo, discorre sobre assuntos polêmicos relacionados à Modalidade Eletrônica e alguns dos significados da Lei de Licitações diante da realidade do sistema licitatório do Brasil e enfatiza a recepção dos Princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência nesse diploma legal bem como, sua proposta de equilíbrio social na licitação a partir da preservação dos seus direitos e desses princípios, inclusive, ilustrando com algumas pacificações na jurisprudência. Comenta ainda sobre algumas políticas públicas como insumos necessários para a melhor gestão da máquina pública.

2 LICITAÇÕES PÚBLICAS

2.1 Conceito e Finalidade

Possuindo uma tarefa árdua e complexa que visa manter o equilíbrio social para que venha gerir a máquina pública, a Administração Pública não poderia permitir que ficasse a critério do administrador, quais pessoas deveriam ser contratadas, visto que tal liberdade viria a dar margem para que fosse feita escolhas impróprias, desvirtuadas do interesse coletivo.

Com efeito, a existência do procedimento licitatório visa contornar esses riscos, por ser um procedimento que antecede o próprio contrato, através do qual, inúmeras pessoas podem vir a concorrer em pé de igualdade de condições e a Administração Pública pode escolher qual proposta é a mais vantajosa, alcançando dessa maneira o Desenvolvimento Nacional Brasileiro.

Segundo Filho, (2005, p. 321):

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção da proposta de contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.

O termo Licitação origina-se do latim "*Licitazione*" que tem o significado de "adquirir no leilão". Segundo estudo, surgiu na Europa na época da idade média, em que já existia alguns atos de disputa por meio de preços, através de uma modalidade bastante intrigante. Houve naquele tempo, um sistema intitulado "Vela e Pregão", e nada mais era que apregoar certa obra ao mesmo tempo em que uma vela era queimada. A partir do momento em que essa vela apagava, tal obra era entregue àquele que oferecesse ao Estado, o preço menor.

Contudo, diante de uma representação ilustrativa, ainda que seja primitiva, observa-se que a Administração Pública quando necessita de serviços de outras pessoas, não pode fazer contratações de forma imprópria e escusas.

A Administração Pública é quem gere a máquina pública e os interesses do coletivo, devendo em todos os seus atos, atuar de maneira a operar em prol de obter melhores condições para si, visto que seus atos trazem consequências para toda a sociedade. Quando o administrador obtém a opção de contratar conforme seus critérios, ocorrem escolhas indevidas, escusas e sem o interesse do coletivo, trazendo como consequências, problemas devastadores para a Administração Pública.

Nesse entendimento, Mazza (2012), define que a licitação é um procedimento que ocorre antes da celebração de contratos, de forma obrigatória, através da Administração Pública. Segundo o Jurista, essa exigência se dá devido ao fato de o Poder Público não ter a opção de optar de maneira livre qualquer empresa ou fornecedor, como ocorre com as empresas privadas.

Os Princípios imperativos da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade, Eficiência, Isonomia e Indisponibilidade diante do interesse público, tendem a obrigar que ocorra o processo público para que haja uma escolha criteriosa e imparcial daquela que será a proposta melhor apresentada, assegurando a igualdade de condições a todos aqueles que estiverem concorrendo diante do certame licitatório.

Conforme Carvalho Filho (2015, p. 240) é a Licitação:

(...) um procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos: a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico, (Filho 2015, p. 240).

Analisando a definição ora estampada, nota-se que ela tem sido uma das definições que mais compreende o significado do termo relação público e privado, conforme Di Pietro (2001, p. 350), que entende a Licitação como:

(...) o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato, (Pietro 2001, p. 350).

Ressalta-se que o termo “proposta que venha a ser mais conveniente” não pode ser comparada e entendida como a mais barata. O valor menor não torna a proposta mais conveniente e vantajosa para o órgão público. Será efetuado o negócio que seja mais conveniente por um lado e do outro lado haverá os interessados, que devem possuir meios para contratar de forma legal, sempre utilizando os métodos objetivos e isonômicos para que seja possível a contratação do negócio de forma equilibrada e virtuosa.

Em 21 de junho de 1993, a Lei n.º 8.666, no seu art. 3º, foi instituída para que regulasse a Licitação, demonstrando seus objetivos:

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.

Ao longo dos anos, o processo licitatório brasileiro sofreu inúmeras modificações, iniciou-se com o Decreto n.º 2.926/1862, regulamentando as alienações e compras, que com o tempo foi alterada por outras leis, obtendo uma estrutura por meio do âmbito federal, através do Decreto n.º 4.536/1922, sendo

sistematizada através do Decreto-Lei n.º 200/1967, instituindo a reforma administrativa por meio do âmbito federal, estendendo a administração estadual e também Municipal através da Lei n.º 545/1968.

Todas as mudanças ocorridas por meio da estruturação no processo de Licitação diante da legislação brasileira, ainda deixava inúmeras lacunas, dando margem a inúmeras observações, efeito da administração por muitas vezes burocrática e centralizadora, que agia fora daquilo que seria o viável. Através de um processo de democratização, focou-se num novo modo de administrar, e assim, o processo licitatório foi prestigiado por meio do Decreto-Lei n.º 2.300/86 e renovada em 1987 por meio do Decreto-Lei n.º 2.348 e 2.360 que elencou o Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos no qual reuniu normas específicas e gerais que são relacionadas a mesma matéria das licitações administrativas.

Com efeito, por meio da Constituição de 1988, foi instituído o art. 22, XXVII, no qual preconiza que é competência privativa da União, a legislação que diz respeito a *“normas gerais de licitação e contratação em qualquer modalidade, e isso diante das administrações públicas autárquicas, diretas, da União e fundacionais, Distrito Federal, Estados e municípios”*, também ampliou a competência relacionadas às sociedades de economia mista e empresas públicas, na Emenda Constitucional de nº 19/1988.

A Magna Carta, previu também que a licitação é obrigatória, conforme o art. 37, XXI, e preceitua que, além das situações em lei previstas, os serviços, obras, alienações e compras deverão ser contratadas por meio de processo de licitação pública que venha a garantir a igualdade de condições para todos aqueles que concorrerem. Assim, a Administração Pública não pode vir a abrir mão do certame antes que ocorra a celebração dos contratos, a não ser que haja situações que sejam definidas por lei.

Determina a Constituição Federal através do art. 37, XXI, que torna-se obrigatório a licitação e que o Poder Público tem que adotar esse procedimento para que possa adquirir serviços, bens e celebrar contratos. Vejamos:

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

exigência de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, (CF, art. 37, XXI).

A título de exemplo, a dispensa de licitação, acontece conforme o inciso XIII do art.24 da Lei8.666/93, quando ocorre a contratação por meio da Administração Pública de uma instituição que fará a pesquisa de apoio a algum projeto para ensino, desenvolvimento institucional, extensão tecnológica e científica, no qual possui uma reputação ético-profissional incontestável, prestando um serviço de grau elevado de excelência e competência, não possuindo fins lucrativos e que tenha os preços condizentes com os serviços que deverão ser prestados diante da realidade ofertada no mercado atual.

2.2Disciplina Legal

Diante dos atos Constitucionais, ficou definida a competência para legislar no que diz respeito a licitações, como um ato privativo da União, estabelecendo suas normas gerais e organizando a competência suplementar do Distrito Federal, Estados e Municípios, como preconiza a Magna Carta no seu art.22, XXVII, a lei que faz a regulação das licitações é a Lei n.º 8.666/93, através do Estatuto dos Contratos e Licitações, que mesmo sendo alterada, é ainda uma lei essencial e muito bem relacionada com a matéria licitatória.

Além dessa norma preceituada, existe também a Lei n.º 10.520/2002, que visa regular a mais nova modalidade de licitação, no qual será abordado o estudo apresentado, o Pregão.

Desse modo, a Lei n.º 8.666/93, tem diante desse estatuto, um caráter especial, dessa forma, incidindo nessa modalidade nova de licitação, somente com objetivo supletivo, no que diz respeito ao novo diploma elencado (CARVALHO FILHO, 2015).

Surgiu então o pregão eletrônico, sendo considerada uma ferramenta utilizada para que ocorra uma redução de forma considerável, os gastos que tem a Administração, fazendo também com que ocorra uma maior eficiência, frente à logística dessas compras, é o que diz o pensamento de Justen Filho, vejamos:

O pregão eletrônico, não só reduz custo para a organização fornecedora, mas principalmente para a gestão pública, uma vez que aumenta o número de participantes e a respectiva competição entre os interessados. Com a utilização desse instrumento, os riscos de fraudes e de formação de cartéis nos processos licitacionais podem ser reduzidos. (JUSTEN FILHO, 2005, p.22)

Para complementar, existem outras normas específicas que é fundamental a sua citação, a Lei n.º 8.248/91, que preceitua das aquisições de serviços e bens de informática, a Lei n.º 12.462/2011, tratando dos Regimes Diferenciados de Contratações, a Lei n.º 12.232/2010, que regula as normas gerais de contratação para serviços com publicidade através de agências de propaganda, e a Lei Complementar n.º 123/2006, que tem instituído o Estatuto Nacional de Micro e Pequenas Empresas, no qual teve inserido as normas que visam o tratamento diferenciado para as instituições elencadas.

2.3 Princípios

Os princípios são considerados verdadeiros guias, que podem orientar por meio de normas dotadas de um elevado grau de indeterminação e generalidade, por meio de uma hierarquia elevada, agindo como um condutor do sistema jurídico, conforme Teresa Negreiros (1998).

Sendo considerada um instituto utilizado rotineiramente pela administração pública, a licitação por si mesmo, é entendida como um princípio da Administração Pública, diante do cuidado, dever e bem-estar da coletividade. Porém, a licitação contém fortes alicerces com base principiológicas que são primordiais para o seu procedimento adequado.

No artigo 3º do estatuto que rege a licitação, estão especificados fundamentos primordiais que norteiam todos os procedimentos licitatórios, como princípios imprescindíveis da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, a vinculação do instrumento convocatório, a probidade administrativa e também o julgamento objetivo que devem existir nas propostas, como também visto no art.37 da Constituição Federal.

Contudo, esses princípios não são considerados taxativos, sendo necessário que o certame atente para a análise dos vários procedimentos essenciais, diante da imensidão do âmbito administrativo. Assim, será fundamental explicar sobre os

princípios geralmente utilizados pela administração pública e também os princípios específicos do certame licitatório.

2.3.1 Princípios da Administração Pública

A Constituição Federal Brasileira, dedicou o capítulo VII, em seu título III à Administração Pública, e no artigo 37, *caput*, encontra-se os princípios que serão examinados por todos. Esses princípios são considerados expressos, devido a sua referência na Constituição Federal, conforme Carvalho Filho (2015).

Vejamos o que preceitua o art. 37 da Constituição Federal do Brasil:

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

Como primeiro Princípio, a Legalidade, determinando que deve o Estado está submetido a todas as leis que venha editar. O administrador, não deve em hipótese alguma se utilizar da vontade pessoal ou da arbitrariedade quando estiver gerindo os seus atos, visto que todas as ações por ele cometido, precisam estar amparados por lei, já que tem como origem o princípio do Estado de Direito.

Na esfera licitatória, o pregoeiro, o administrador e todos os agentes envolvidos nos procedimentos, tem o dever de cumprir à risca os desígnios instituídos por lei relacionados à habilitação dos candidatos, diante da escolha da modalidade certa, quando houver a dispensa da licitação nas situações que estiver com previsão em lei, entre outros casos.

Quanto aos Princípios da Impessoalidade e Moralidade, existe entre eles uma relação intrínseca, principalmente se está relacionado ao tema licitação. A Administração Pública deve estar dotada de impessoalidade, ou seja, quem administra não pode beneficiar certo licitante em detrimento de outro, como exemplo, preparar um edital no qual favoreça aquele particular prejudicando outro, agindo sem qualquer critério objetivo discriminatório. Esse ato, conseqüentemente violaria o princípio da moralidade, que o administrador tem por dever, atuar conforme éticos preceitos especificados na Magna Carta.

Com o Princípio da Igualdade, demonstra-se que a Administração Pública tem o dever de conferir aos administrados um tratamento isonômico, propiciando

condições iguais para todos que são concorrentes, não favorecendo ou dando vantagens para uns que não possa ser dado aos demais.

Possui dessa forma, uma relação íntima com o princípio da Impessoalidade, vejamos.

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

O Princípio da Isonomia tem previsão no art. 3º, §1º, inciso I e II, da Lei n.º 8.666/93, no qual determina que é indispensável para que seja garantido o tratamento igualitário entre os licitantes no bojo da licitação, não admitindo qualquer tratamento diferenciado para não prejudicar aqueles que participam do certame.

Assim, estabelece que é impedido aos agentes públicos:

Art. 3º

[...]

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

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

O Princípio da Publicidade faz referência ao prática de tornar público os atos que vier ter a Administração Pública, não podendo acontecer de maneira oculta, e caso acontecesse, poderia acarretar o claro desrespeito a todos os princípios, visto que não existiria informações com capacidade de proporcionar ao público, a exata compreensão dos atos praticados.

Tal princípio demonstra que a licitação tem o dever de ser divulgado de forma ampla e ao maior número possível de pessoas, já que alcançando uma maior quantidade pessoas, tornará ainda mais eficiente a seleção dos candidatos e por

consequência, tornará ainda mais vantajosa a proposta que vier a vencer. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 250).

Para que exista no procedimento licitatório uma isonomia dos licitantes de forma efetiva, sem o beneficiamento de certo licitante, antes que a fase de julgamento das propostas iniciem, ocorrerá o sigilo do conteúdo das propostas, ou seja, o único momento em que é obrigatório existir sigilo, sendo esse uma exceção diante do princípio ora exposto.

Em seguida, já na fase de julgamento, deve haver a transparência, favorecendo assim o acompanhamento efetivo que possa proporcionar os recursos favoráveis à habilitação, como exemplo. Mais a diante, será explanado sobre os alicerces fundamentais relacionados aos certames que são demonstrado nesse estudo.

2.3.2 Vinculação ao Instrumento Convocatório

Conhecido normalmente como edital, o Instrumento Convocatório possui regras que devem ser seguidas por todos. Consta nele todos os critérios de julgamento e também o objeto que a administração deseja. Dessa forma, evita-se violar princípios primordiais como a moralidade, impessoalidade e a probidade administrativa.

Assim, Meirelles comenta:

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

Conforme preceitua o art. 48, inciso I, da Lei 8.666/93, ocorrerá a desclassificação das propostas que não estiverem atendendo “as exigências que estão contidas no ato convocatório”.

Vejamos o que determina o art. art. 48, inciso I, da Lei 8.666/93:

Art. 48. Serão desclassificadas:

I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação.

Se for detectada alguma falha no instrumento convocatório, pode vir a ser corrigida no momento conveniente, tendo o interessado, o direito de impugnar o instrumento quando assim desejar, nos moldes do art. 41, §1º do Estatuto da Licitação.

2.3.3 Julgamento Objetivo das Propostas

Originando do princípio da legalidade, vinculação ao instrumento convocatório e da impessoalidade, o Princípio do Julgamento Objetivo entende que todo agente público deverá se nortear e julgar com base nos fundamentos estampados no edital, visto que encontra-se vinculado a ele, devendo obedecer a todos os ditames de forma objetiva.

Em qualquer ato licitatório, os atos e escolhas não poderão vir a ser decididas conforme o desejo pessoal e a subjetividade dos envolvidos. A objetividade deve ser preservada inclusive em situações de empate, como prevê o ar. 45, § 2º da Lei n.º 8.666/93 (CARVALHO FILHO,2015).

Vejamos o que preceitua o artigo 45, § 2º da Lei n.º 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.

[...]

§ 2º No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo.

2.3.4 Competitividade

Já o Princípio da competitividade é muito mais que o ato de ampliar a publicidade de um certame, possui o objetivo de expandir o leque de licitante para obter um negócio maior e mais favorável para a Administração Pública. Existe neste princípio uma relação envolvente com os outros princípios, como ocorre também

com a igualdade e a isonomia, tendo por escopo, proibir que o administrador possa impor inúteis ou desnecessárias exigências diante do instrumento convocatório, fazendo com que possa ocorrer a desigualdade de condições, tornando prejudicada a competitividade que deve existir no certame. (MARINELA, 2015, pg. 540).

As normas que existem e estão previstas no edital de licitação, a título de exemplo, os atestados de capacitação, a qualificação financeira e econômica, são somente consequências, não podendo ferir o princípio elencado. Seu objetivo tem o intuito de assegurar que a Administração Pública esteja fazendo um negócio bom e de qualidade com o particular, e que o mesmo possua capacidade para arcar com todas as exigências objetivadas no certame, e assim, não seja ferido a competitividade, visto que é necessário a comprovação de eficiência para que ocorra uma habilitação efetiva.

2.3.5 Razoabilidade e Proporcionalidade

Por meio do Princípio da Razoabilidade, a Administração Pública quando fizer uso da discricionariedade, terá que respeitar e obedecer aos critérios admissíveis diante dos atos praticados.

Em relação a liberdade que possui o administrador público, o Professor Celso Antônio Bandeira de Melo preceitua:

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

No que diz respeito ao Princípio da Proporcionalidade, entende-se que as capacidades e competências administrativas podem vir apenas se tornar válidas, se vierem a ser realizadas diante do requerido, para que ocorra a concretização da finalidade que é o interesse público. Sendo assim, com o aval dos princípios, caso um ato vir a ser praticado sem a prudência devida e a sensatez fundamental para o administrador, ocorrerá a sua invalidez.

2.4 Tipos de Licitação

Ao fazer um estudo sobre os princípios que regem a licitação, chega-se a conclusão que ao julgar as propostas, o critério objetivo deve ser seguido à risca. Diante de tal conclusão, a legislação em seu art. 45, §1º, determina quais os critérios no qual o administrador necessita usar para que ocorra o julgamento das propostas de forma adequada, vejamos:

Art.45.

[...]

§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

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

II - a de melhor técnica;

III - a de técnica e preço.

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

Com efeito, entende-se que existem três tipos de licitação: a de menor preço, a de melhor técnica e de técnica e preço. Como regra, aplica-se a licitação que tem o tipo menor preço. Aquela tipo que é o de maior lance ou oferta, apenas será usado, conforme preceituado em lei, nas situações de alienação dos bens ou concessão para direito real de uso. Adotando certo tipo de licitação, relaciona-se, basicamente, com base no critério de julgamento diante das propostas apresentadas no certame.

Esses tipos de licitação estão intimamente ligados ao princípio da vinculação do instrumento convocatório. Conforme o art. 44, § 2º da lei de licitações, preceitua-se que toda oferta que trazer vantagem que não estiver com previsão no convite ou edital, a fundo perdido ou financiamentos subsidiários, vantagem ou preço com base em demais ofertas dos concorrentes, não será válida ou considerada.

Assim, a Administração Pública tem por obrigação, diante de qualquer modalidade de licitação, quer sejam, o leilão, concurso, tomada de preços, convite ou concorrência, indicar o tipo de licitação que está fazendo.

Outro fator fundamental, diz respeito à concorrência quando há empate entre duas ou mais propostas. Os princípios que regem o procedimento licitatório jamais aceitariam que ocorresse uma arbitrária escolha do administrador por meio dos licitantes, tendo a mesma o dever de agir conforme os moldes objetivos, sob pena

de violar o princípio do julgamento objetivo proposto, ocorrendo desempate da forma devida, através do crivo da legislação apropriada.

Para que ocorra o desempate, o primeiro critério encontra-se no art. 3º, § 2º da Lei n.º 8.666/93, vejamos:

Art. 3º

[...]

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

II - produzidos no País;

III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

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

11.196, de 2005)

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

2015) (Vigência)

O segundo critério de desempate, ocorrerá nos casos em que ainda existir a paridade, sendo obrigatório que se adote por meio de sorteio, único método adotado para desempatar, conforme preceitua o art. 45, § 2º da Lei n.º 8.666/93.

Segundo esse dispositivo, caso ainda ocorra empate depois de utilizar o art. 3º, § 2º, já apontado, será feita a classificação, de forma obrigatória, através de sorteio, num ato público, em que serão convocados todos os licitantes, sendo vedado outro método de processo de desempate.

Em resumo, o critério menor preço prescinde de uma averiguação objetiva. A lei preceitua que esse tipo acontece quando tal instrumento convocatório especifica que certa proposta mais vantajosa deverá ser aquela que vier a se apresentar conforme as particularidades do edital e vir a ofertar o preço menor, vindo a ser de forma mais ampla, usada (CARVALHO FILHO, 2015, p.298).

Contudo, os tipos técnica e preço e melhor técnica, tem tratamento, conforme o doutrinador, com uma infeliz dificuldade, visto que, conforme o artigo 4º, §1º, o instrumento convocatório fará a fixação do máximo preço no qual a Administração Pública deve se propor a pagar e somente depois, ocorrerá a abertura dos envelopes que contém as propostas técnicas, exclusivas daqueles que estando qualificados, participam da licitação, fazendo a avaliação e classificação das

propostas conforme acordado nos critérios adequados e pertinentes ao objeto dessa licitação.

Posteriormente, será aberto as propostas de preço daqueles licitantes que venham a atingir o valor mínimo que é exigido no instrumento convocatório e também a negociação de condições oferecidas, com a melhor proposta classificada, tendo por base os orçamentos em detalhes que foram apresentados e seus respectivos valores unitários, possuindo a referência de limite representado conforme proposta de menor preço que houver pelos licitantes, no qual venham a obter uma mínima valorização no certame.

Sendo usado exclusividade para serviços de cunho intelectual, a licitação de técnica e preço, tem sido definido por meio do art. 46, § 2º da Lei n.º 8.666/93, vejamos:

Art. 46

[...]

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

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

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

2.5 Modalidades de Licitação

Modalidade de licitação tem sido entendido como um formato próprio que é utilizado para coordenar um procedimento licitatório, por meio de critérios especificados em lei. Hoje em dia, existem seis modalidades de licitação: a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso, o leilão e o pregão, todos tendo conceitos conforme o art. 22 da Lei n.º 8.666/93 e também por meio do art. 1º da Lei n.º 10.520/2002.

Alguns autores também defendem a modalidade consulta, contudo, esta modalidade não encontra previsão na Lei de Licitações, sendo aplicada apenas nas agências reguladoras e com o devido procedimento definido somente para elas (MARINELA, 2015. P. 560).

Numa breve leitura do mesmo artigo, no § 8º, nota-se que é vedado que seja criado qualquer outro tipo de modalidade licitatória, como também o formato procedimental que já são taxas e utilizadas em lei.

Contudo, não há impedimento que o legislador, utilizando da lei, através de uma outra lei, possa criar uma outra modalidade de licitação, como aconteceu na modalidade pregão, visto que a lei de licitações e contratos não limita a competência que possui a União para que possa legislar diante do tema exposto.

Para que ocorra a escolha de uma modalidade licitatória que seja aplicável ao um caso, é necessário que exista dois elementos fundamentais: o valor a ser contratado e as especificidades do objeto.

Através do primeiro, é feita a escolha na modalidade concorrência, convite e tomada de preços, ainda que a concorrência, venha a ser também uma obrigatoriedade devido o objeto diante de certos casos. Quando existe uma decisão devido a sua natureza, com indeferença no valor, pode ser usado o pregão, concurso ou leilão.

Prevê o art. 23, § 4º da Lei n.º 8.666/93 que há a possibilidade de ocorrer a substituição da modalidade licitatória em uma outra, a partir da mais comum ou simples, para a mais rigorosa, mantendo o valor como critério.

O art. 22, § 3º, da Lei n.º 8.666/93 define como mais simples, a modalidade Convite, vejamos:

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.

A administração tem a liberdade de escolher aquele que quer convidar, na modalidade Convite, ocorrendo a publicidade do procedimento diante da carta-convite que será afixada num quadro de avisos de uma repartição pública. Assim, tendo o intuito de vedar que seja violado o princípio da impessoalidade, o § 6º do art. 22, preceitua que, tendo na praça mais de três pessoas interessadas, diante de cada convite novo que for realizado por meio de um objeto assemelhado ou idêntico,

torna-se obrigatório a modalidade convite, no mínimo, existindo mais de um que revele interesse, se tiverem cadastros que não tenham sido convidados diante das últimas licitações.

Dessa forma, é permitido que ocorra a simplicidade no procedimento da modalidade convite, fazendo com que seja prevenido, que este benefício seja utilizado pelas mesmas pessoas, conseqüentemente respeitando o princípio da impessoalidade (FORTUNA, 2015, p. 17).

Assim, a jurisprudência deixa registrado, por meio de fundamentos efetuados através do Tribunal de Contas da União, baseando-se no art. 22, §§ 3º e 7º, da Lei n.º 8.666/93 e logo consubstanciada por meio da Súmula/TCU n.º 248, entendendo que não é suficiente o convite somente a pelo menos três pessoas, tornando-se necessário que seja apresentado um total de três provas válidas.

Dessa forma, mesmo que venha a ser convidado três ou mais pessoas interessadas, somente um apresente na proposta, o procedimento deve vir a ser repetido.

Pode ser visto aqui, como a lei tem conceituado a Tomada de Preços, com base no § 2º, art. 22 da Lei n.º 8.666/93, vejamos:

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.

Essa modalidade exige menor formalidade que a concorrência e tem como destino as contratações de médio porte, no qual a faixa dos valores tem base em lei, conforme art. 23, I, alínea b, e II, alínea b da Lei n.º 8.666/93.

Em contrapartida, ocorre uma divulgação menos ampla, visto que diferente da concorrência, apenas participam do certame, as pessoas que estiverem de forma prévia, cadastradas ou então cadastráveis, ou melhor, aqueles que possuem antes da data de prazo final das propostas, as básicas exigências para que faça o cadastramento adequado e necessário.

A modalidade Concorrência, é apropriada para as contratações que seja de grande vulto, conforme os limites que a lei estabelece, nos moldes do art. 23, I, “c”, e

II, “c” da Lei n.º 8.666/93, em alguns casos para os serviços, outros para o caso de compras, ocorrendo a exigência da adequada modalidade.

Como a Administração Pública emprega recursos que são demasiadamente altos, todo o processo licitatório necessita de muitos cuidados e dessa forma, a modalidade concorrência tem sido a que mais ostenta um maior rigor formal em seu procedimento, no qual exige desde a primeira fase preliminar de habilitação, a demonstração de condições para todos os que participam do certame, com divulgação muito ampla ao ponto de todo e qualquer interessado que tiver os requisitos de qualificação mínimos exigidos no edital, venham participar do certame, nos moldes do art. 22, I e § 1º da Lei n.º 8.666/93.

Vejamos o que preceitua o artigo 22, I e n.º 1º da Lei 8.666/93:

Art. 22. São modalidades de licitação:

I - Concorrência;

[...]

§ 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.

Contudo, como já foi explicitado, exige a lei que ocorra a concorrência em certas situações devido à natureza da função que tal contrato possui ao ser celebrado. Como ocorre nos casos de alienação de bens imóveis ou compras, diante de um certame à nível internacional e/ou existe a pretensão de celebração do contrato de concessão para o direito real de uso, quando se refere à gestão das florestas públicas que tem sido exigido a modalidade concorrência para contratar diante das concessões florestais, conforme o art. 13, § 1º da lei n.º 11.284/2006.

Com referência ao Concurso, encontra-se previsto no art. 22, § 4º da Lei n.º 8.666/93, e determina que será utilizado para a escolha de um trabalho científico, técnico ou artístico com remuneração ou prêmio aqueles que vencerem, com base no edital que será publicado na imprensa oficial, com no mínimo quarenta e cinco dias de antecedência.

Essa modalidade possui características especificamente intelectuais, não ocorrendo nenhum interesse da administração pública para que alguém seja contratado. Assim que o vencedor venha a ser julgado e cumprido a intenção da premiação, a licitação por si encerra.

A modalidade leilão, é utilizada para a venda de bens inservíveis, geralmente mercadorias que foram apreendidas de forma legal, bens penhorados, e móveis que são adquiridos através da administração por meio da dação em pagamento ou através de medida judicial.

Poderá comprar aquele candidato que fizer o maior lance, sendo igual ou superior à avaliação feita que será efetuada antes de ocorrer o procedimento, sendo realizada por meio de ampla divulgação, para que a efetiva publicidade do ato seja realizada e a Administração Pública obtenha bons negócios diante do certame, nos moldes do art. 22, § 5º da Lei n.º 8.666/93.

Já o pregão, tem por base a Lei n.º 10.520/2002, resultado da Medida Provisória que se tornou Lei, para que seja adquirido serviços comuns e bens, serviços esses que possuam padrões de funcionamento e a qualidade devida, definindo de forma objetiva com base no edital e com base nessa modalidade, será aprofundado o presente estudo.

Vejamos o que preceitua a Lei do Pregão no art. 1º da Lei n.º 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.
Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

2.6 Procedimento da Licitação conforme a Lei n.º 8.666./1993

Com relação ao procedimento da licitação, nota-se que não são todos os tipos que possuem as fases que são explicadas geralmente pela doutrina, algumas das modalidades são incompletas, tendo aquelas que são consideradas complexas, a título de exemplo, a Concorrência que possui fases muito bem definidas, contudo as modalidades Leilão e Concurso, na fase de habilitação, ocorre uma simplificação.

A sequência das fases que a doutrina descreve são: a abertura, a habilitação, a classificação, a homologação e a adjudicação.

Conforme o art. 38 da Lei n.º 8.666/93, o procedimento inicia-se com a fase interna, no qual há a abertura de um processo no órgão que vai efetuar a licitação, onde ocorrerá a definição do objeto e também a designação dos recursos diante da

despesa, sendo feito dessa forma, uma análise de mercado, para que seja definido qual o valor adequado a ser estimado para a contratação futura, aquilo que é realmente entendido como grande valor, visto que por meio dela, o órgão competente que promoverá a licitação, fará uma reserva para disponibilizar o devido orçamento na contratação.

Já a fase externa, que tem uma relevância maior, tem início quando torna-se pública a licitação. Nas licitações de elevados preços, superiores a cento de cinquenta milhões de reais, é estabelecido que seja obrigatório uma prévia audiência pública antes do lançamento do edital. Essa audiência ocorrerá 15 dias antes da data em que será o edital publicado, com divulgação mínima de dez dias úteis, anterior a realização do mesmo. Assim, nessa audiência pública, aquele que estiver interessado, possuirá o acesso a todas as informações que estão relacionadas ao ato convocatório, o instrumento que a administração tornou público a licitação, o edital e o direito de se manifestar sobre o assunto relacionado.

Assim que for aprovado o projeto básico, o órgão responsável pela licitação terá que produzir a minuta do ato convocatório, o instrumento que tornou público a realização da licitação e o edital. Sendo esse o método utilizado por todas as modalidades, somente o convite não utiliza desse procedimento, usando somente a carta-convite. Contudo, utiliza-se o edital, visto que é fixado de maneira sumária, certas normas e meios que precisam ser fortalecidos no convite (MAZZA, 2015).

No art. 40 da Lei n.º 8.666/93, contém as informações e formas consideradas obrigatórias que devem estar no edital, entre outros, o nome do setor e da repartição interessada, o regime de execução e tipo de licitação, a modalidade, dia, local e hora para que recebesse documentos e propostas, assim como para que inicie a abertura dos devidos envelopes, indicando, assim como demais informações, o objeto de licitação, condições para que ocorra a assinatura do contrato e prazo, ou a retirada dos instrumentos de forma devida.

Vejamos o que determina o art. 40 da Lei n.º 8.666/93:

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

Depois de aprovado da forma devida o Projeto Básico, o termo de contrato e a minuta do edital necessitam ser analisadas e admitidas por meio da assessoria jurídica desse órgão ou através da entidade que promove a licitação. Logo após ocorrido os ajustes dessa análise, se ocorrer, o edital estará capacitado a vir a ser público por meio da divulgação através da imprensa oficial, através dos jornais de grande circulação, pela internet e os meios que forem primordiais para a divulgação devida. Caso seja omissivo ou contraditório em certos pontos que são essenciais, pode vir a ser impugnado por qualquer pessoa ou qualquer que tenha interesse no certame de forma particular.

No edital será fixado o prazo para aquele que tiver interesse, apresente os devidos documentos para se tornar habilitado e a proposta de valor. Essa habilitação torna-se um ato administrativo vinculado, por meio dele, a comissão da licitação fará a confirmação desse procedimento licitatório, aqueles que se encontrem aptos, conforme os termos regidos no edital (GASPARINI, 2007).

Assim, representa uma verificação dessa documentação ou requisitos fundamentais dos licitantes, tendo como finalidade, assegurar que tal licitante, ao vir vencer o certame, possua condições financeiras e técnicas para poder vir a executar o contrato de maneira eficiente.

Para ocorrer a habilitação na licitação, conforme determina o art. 27 da Lei n.º 8.666/93, é exigido que sejam apresentados documentos relacionados a: a habilitação jurídica, a devida qualificação técnica, é fundamental a qualificação econômico-financeira, e também a regularidade fiscal e trabalhista para que seja cumprido do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da CF/88.

Com efeito, exige uma declaração no qual a empresa que licitar, não esteja empregando noturnamente, de forma perigosa e insalubre os menores de 18 anos de idade ou menores de 16 anos para qualquer tipo de trabalho, a não ser que seja como aprendiz, o que ocorre aos 14 anos em diante.

Conforme o artigo 28 da Lei n.º 8.666/93, pode ser visto a documentação que são necessárias à habilitação dos licitantes no certame, vejamos:

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

I - cédula de identidade;

II - registro comercial, no caso de empresa individual;

III - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de

sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;
IV - inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;
V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.

No artigo 29, encontra-se os documentos para a regularidade fiscal:

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em: (Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011) (Vigência)
I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);
II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;
III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;
IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)
V - prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

Com o artigo 30, pode ser visto as qualificações técnicas, vejamos:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:
I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;
II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;
III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;
IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

Para concluir, o artigo 31 preceitua sobre a qualificação econômico-financeira dos licitantes, vejamos:

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

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

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

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

Depois de analisar por meio da lei os documentos essenciais para tornar-se habilitável os licitantes, e também solucionar os recursos e impugnações, haverá a abertura dos envelopes contendo as propostas dos preços e também as propostas técnicas, neste último caso, na licitação do tipo técnica e preço e melhor técnica, no certame.

Depois do julgamento através da comissão, será remetido todo o processo para a autoridade competente para vir a ser homologado e adjudicado aquele objeto que foi licitado pelo vencedor, conforme o art. 43 da Lei n.º 8.666/93.

Vejamos o que determina o art. 43 da Lei n.º 8.666/93:

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

I - abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação;

II - devolução dos envelopes fechados aos concorrentes inabilitados, contendo as respectivas propostas, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação;

III - abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos;

IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

V - julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital;

VI - deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação.

Dessa forma, a empresa que estiver mais qualificada, possuirá o bem ou objeto que no certame foi adjudicado, nascendo dessa forma, o direito da empresa contratar com a administração pública, em detrimento das outras empresas, tendo a obrigação de não contrariar ou negar a contratação do objeto ora licitado (FORTUNA, 2015).

Esse procedimento acontece de maneira momento do Pregão, modalidade que estudaremos em seguida e ficará claro quais as suas características diante da modalidade das demais apresentadas.

3 A MODALIDADE PREGÃO

3.1 Conceito e Finalidades

O termo pregão origina-se do latim *praecone*, significando na linguagem comum, o ato de apregoar ou fazer uma proclamação pública, sendo aquele ato que geralmente é utilizado por porteiro de auditórios, corretores das bolsas de valores ou quando apregoam certa coisa os leitores, (SANTANA, p. 34).

Em inúmeros casos, as modalidades de licitações previstas em lei, recebiam várias críticas devido ao fato de não possuir a devida celeridade no processo licitatório como desejado. Assim, devido a diversas burocracias existentes, torna-se um tanto desproporcional diante de contratos pequenos ou aqueles que exigiam conclusões mais céleres.

Dessa forma, tendo em vista satisfazer os pedidos, instituiu-se a Medida Provisória 2.026, a título da União e em seguida a Lei 10.520/2002, que institui também a modalidade para todos os entes da federação.

Assim, o Pregão foi instituído como sendo uma nova modalidade para licitação, possuindo própria disciplina, com finalidade de dar celeridade ao processo de contratação diante de específicas hipóteses. Vale lembrar que, a despeito da maneira como é recepcionada na atualidade, ainda recente no meio licitatório, possui indícios, confirmados por Carlos Motta (2001), no qual o pregão não é uma nova ideia exatamente.

No ano de 1592, nas Ordenações Filipinas encontravam-se os primeiros atos de licitação pública, que posteriormente viriam a se tornar a forma de pregão atualmente utilizado.

Mencionado anteriormente, o Pregão é uma modalidade de licitação legitimado no âmbito da União, é o que preceitua o art. 2º, vejamos:

Art. 2º Pregão é a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, promovida exclusivamente no âmbito da União, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública.

Não é justificado tal fato diante da visão administrativa, visto que os Municípios, Estados e Distrito Federal, nos mesmos fundamentos da União, precisam de uma nova forma de licitação que seja usada com menos burocracia, para evitar transtornos com as licitações usuais, sendo menos burocratizado, evitando que ocorra os transtornos das licitações convencionais até agora.

Foi eliminada, no entanto, por meio da Lei n.º 10.520/2002, a seletividade que era expressa na ementa, fazendo com que o uso do pregão aconteça também para todos os outros entes da federação.

Vale ressaltar, essa legislação atual, tem o objetivo de não revogar a Lei n.º 8.666/93, mas na verdade complementa-la. É evidente que, por ser uma lei decorrente e ainda mais específica, as normas se prevalecem diante da lei anterior em alguns pontos de procedimentos essenciais, diante da atual modalidade adotada. Porém, no art. 9º, a lei do pregão admite a prática subsidiária de normas desse estatuto no pregão.

Vejamos o que preceitua o art. 9, da Lei n.º 10.520/2002, "*Art. 9º Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*".

Necessitando agilizar o processo seletivo diante das contratações, a União fez com que fosse obrigatório, através do art. 4º do Decreto n.º 5.450/2005, a regulamentação, somente diante do âmbito federal e utilizou o pregão também para que fosse adquirido bens e serviços comuns, determinando a preferência nos casos de uso para a forma eletrônica.

Dessa forma, a escolha do formato eletrônico precisa ser fundamentada por meio da autoridade competente ao caso. Esse formato eletrônico não é aplicado

para contratos que sejam para obras de engenharia ou para locações imobiliárias e inclusive as alienações em geral, é o que determina o artigo 6º do Decreto estudado.

Tendo como diretriz da União Federal, uma maior transparência na modalidade pregão eletrônico, e também voltado para princípios licitatórios como a moralidade, publicidade, probidade administrativa e outros, tornando menor os índices de conluio, das condutas comuns a improbidade, diminuindo a corrupção.

Numa definição clara sobre o pregão, entende-se como uma modalidade nova de licitação que é entendida como um procedimento administrativo em que a Administração Pública, assegure a isonomia, fazendo uma seleção do prestador de serviços e fornecedores, ensejando que o objeto comum seja melhor executado no mercado, possibilitando que os licitantes virtuais ou numa sessão pública, possam diminuir o preço da proposta através de lances em sucessão.

Como apontado, certas modalidades são selecionadas devido aos limites dos preços que as futuras contratações possuirão, como preceitua o art. 23 da Lei 8.666/93.

Contudo, o pregão não é usado devido a função dessa restrição, mas sim devido à natureza comum desse serviço ou bem no qual a Administração Pública enseja contratar. Assim sendo, essa modalidade só deve ser usada nos casos de contratação de serviços comuns ou de bem, o que pode ser visto em detalhe por meio do artigo 1º da Lei n.º 10.520/2002.

Vejamos o que determina o artigo citado:

Art. 1º.

[...]

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Não serão objetos de pregão, as contratações que tiverem relação com programas equipamentos ou até serviços da informática, com exceção da manutenção de máquinas ou digitação, devido a força que a norma institui a obrigação diante de contratar os bens e serviços de automação e informática, na modalidade de tipo técnica e preço, com base no Decreto n.º 1.070/94 e da Lei n.º 8.248/91. Inclui-se também os serviços e obras de engenharia, alienações no geral e locações na área imobiliária.

Assim, os serviços comuns são aqueles considerados públicos de domínio da natureza do bem ou o serviço técnico, tendo a possibilidade de alcançar no mercado, um leque de fornecedores que tenham capacidade para desempenhar o interesse do Estado (JUSTEN FILHO, 2010).

Através dessa explicação, é evidente o quanto torna-se abstrato o que se define por bens e serviços comuns, visto que num mercado difícil como atualmente, com uma elevada divisão de trabalho, certos setores serão analisados como extremamente técnicos, não sendo comuns por uma ou outras pessoas que participam desse mundo administrativo.

Com efeito, inúmeros doutrinadores entenderam como desmerecido certas restrições que são aplicados na modalidade pregão. Justificando que o pregão pode vir a ser usado de maneira justa e agradável para qualquer meio de contratação, preferencialmente se a licitação vier a ser o tipo de menor preço, podendo assim, usar o pregão na forma presente em casos de contratações para tipo melhor preço e preço e técnica, no certame.

3.2 Pregão e suas Fases

O que ficou entendido e pacificado entre todos, é a economia do erário e celeridade processual que ocorre devido a inversão da ordem nas fases da habilitação, como são apresentados os preços e a competição que acontece entre os licitantes, fazendo com que os preços sejam reduzidos.

Como ocorre com as outras modalidades licitatórias, o pregão possui também duas fases, a fase interna e externa, vejamos:

Essa fase interna, compreende através das atividades e atos de cunho preparatório, que são de responsabilidade do órgão administrativo. Nessa etapa da fase, acontece praticamente da mesma maneira que as outras modalidades. Portanto, a autoridade competente tem o dever de fundamentar a necessidade dessa contratação e identificar o objeto competido para assim ocorrer a habilitação no certame.

Com efeito, ocorre a produção do termo de referência, divergente das outras modalidades em que há a criação de projeto executivo e/ou projeto básico.

Depois da produção do termo de referência, e também da aprovação da autoridade que compete, ocorrerá a autorização do início do processo

administrativo, em que o primeiro será adequadamente autuado, numerado e protocolado, iniciando o procedimento formal dessa licitação.

Sendo assim, conseqüentemente ocorrerá a elaboração das minutas desse edital e também do contrato que será pactuado com aquele particular que concorreu. Esse edital deve possuir as normas exigidas com base no art. 40 da Lei n.º 8.666/93, apresentando nos anexos o Termo de Referência e também a minuta desse contrato.

Em seguida, todos os documentos serão submetidos a apreciação de uma assessoria jurídica da entidade ou órgão, e tendo cumprido todos as etapas desse exame, poderá se tornar público o pregão.

Surge também, como um ponto diferente do pregão, a pessoa do pregoeiro, a quem cabe coordenar todos os movimentos desse pregão. Tal designação ocorrerá por meio de uma Portaria simples ou até por meio de um Ato Administrativo dessa entidade ou órgão, que será assinado pela autoridade que tem a devida competência.

Poderá ainda, ter uma equipe para apoio, que na maioria dos casos, são compostos por servidores permanentes da entidade ou órgão público. Assim sendo, ocorre a substituição da comissão licitante por somente um único órgão que será representado apenas por um agente, nos moldes do art. 51 do Estatuto (CARVALHO FILHO, 2015).

Vejamos o que preceitua o art. 50 e seus parágrafos, da Lei n.º 8.666/93:

Art. 51. A habilitação preliminar, a inscrição em registro cadastral, a sua alteração ou cancelamento, e as propostas serão processadas e julgadas por comissão permanente ou especial de, no mínimo, 3 (três) membros, sendo pelo menos 2 (dois) deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação.

§ 1º No caso de convite, a Comissão de licitação, excepcionalmente, nas pequenas unidades administrativas e em face da exigüidade de pessoal disponível, poderá ser substituída por servidor formalmente designado pela autoridade competente.

§ 2º A Comissão para julgamento dos pedidos de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento, será integrada por profissionais legalmente habilitados no caso de obras, serviços ou aquisição de equipamentos.

§ 3º Os membros das Comissões de licitação responderão solidariamente por todos os atos praticados pela Comissão, salvo se posição individual divergente estiver devidamente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que tiver sido tomada a decisão.

§ 4o A investidura dos membros das Comissões permanentes não excederá a 1 (um) ano, vedada a recondução da totalidade de seus membros para a mesma comissão no período subsequente.

§ 5o No caso de concurso, o julgamento será feito por uma comissão especial integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria em exame, servidores públicos ou não (art. 50 e seus parágrafos, da Lei 8.666/93).

Formada por atividades e atos que tem a contribuição de terceiros interessados e da Administração Pública, assim a fase externa se constitui, e nesse momento é comum consumir a escolha do contrato e da proposta, vindo a apresentar as peculiaridades desses procedimentos diante das modalidades que estão previstas em lei.

Nessa fase externa, o pregão se inicia por meio da publicação de um aviso, com destinação a uma divulgação mais ampla aos interessados. Dessa forma, são colocadas a exposição as cópias de edital e aviso para que toda e qualquer pessoa possa fazer consulta.

Esse aviso tem característica de ato de comunicação, ou seja, ele dá ciência que o pregão encontra-se aberto, para que tais interessados venham mostrar as propostas, levantar os documentos necessários para habilitação e sejam suficientes para o certame licitatório, e caso queira, providencie que seu representante esteja credenciado na licitação (FERREIRA NETO, 2003).

É obrigatório que a publicação do aviso seja feita na internet e no Diário Oficial da União. As entidades que integram o Sistemas de Serviços Gerais SISG, são obrigados a divulgar todos os avisos de editais relacionadas as licitações no endereço do site www.comprasnet.gov.br.

De forma automática, a publicação é feita por meio da operacionalização do Sistema Integrado de Administração de Serviços SIASG, entendida como a ferramenta informatizada fundamental de apoio para contratações e compras pelo Poder Executivo Federal.

Para as outras entidades e órgãos, serão providenciados que seja publicado avisos por meio da internet nos sites relacionados aos mesmos. É obrigatório também que as divulgações dessas licitações ocorram no site conhecido como contas públicas, visto que é mantido por meio do Tribunal de Contas da União, conforme preceitua a Lei n.º 9.755/98.

Ainda que seja publicado no Diário Oficial, para os pregões com preços superiores a R\$160 mil e até R\$650 mil, tal aviso será necessariamente publicado num jornal de larga circulação na cidade em que o certame esteja ocorrendo. Nas situações em que for para serviços e bens em valores superiores a R\$650 mil, essa publicação ocorrerá por meio de jornais de larga circulação a nível regional e nacional, para que todos tenham conhecimento.

A novidade que o pregão já possui, diz respeito ao prazo em que possui para que as propostas sejam apresentadas, que será de no mínimo, 08 dias úteis, iniciando a contagem a data em que houve a publicação desse aviso. Esse prazo é superior ao convite, tendo 05 dias úteis e inferior a de concorrência e tomada de preços, que pode alcançar 15, 30, ou 45 dias, com base na lei.

Assim, analisando o que preceitua a lei no art. 4º, VI, da lei n.º 10.520/2002, a apresentação das propostas ocorrerá no mesmo dia em que acontece a sessão e simultaneamente ocorrerá o recebimento para o exame do mesmo pela Administração, ou seja, antes do dia exato da sessão, as propostas não devem ser mostradas.

Há, a possibilidade de que seja impugnado o edital do pregão, contudo, apresenta singularidade própria. O prazo para impugnar é de no máximo 02 dias úteis, antes da data que está marcada para que seja recebido as propostas. Caso venha ser admitida a impugnação, a sessão que foi de forma prévia designada, será adiada.

Vale lembrar que, ainda que o Decreto venha ser aplicável a título de administração federal, em todos os demais âmbitos, aquele que tiver interesse pode vir a impugnar um edital caso ele esteja eivado de vícios de legalidade, visto que a Lei n.º 8.666/93 será aplicada de forma subsidiária, conforme o art. 41, § 1º da Lei n.º 8.666/93 e o art. 12 do Decreto n.º 3.555/2000.

Vejamos o que diz o art. 41 da lei n.º 8.666/93:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

Acontecerá em seguida a sessão, no qual ocorrerá a reunião do pregoeiro e de todos que participarem da licitação, com a finalidade de permitir, através de critérios objetivos e sensatos, baseados em princípios administrativos, que seja escolhido o futuro fornecedor do serviço ou bem que pelo edital é pretendido.

Na sessão, a publicidade é entendida como regra, ou melhor, deve ser pública a todos os interessados no fornecimento do serviço ou bem que desejar, e também por aqueles que queiram somente assistir todo o procedimento dessa escolha.

Sendo assim, o art. 4º da Lei n.º 8.666/93 preceitua que:

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.

A todos que estejam interessados, tanto representado como pessoalmente, será necessário se identificar e atestar que tem poderes exigidos para que seja formulado as propostas e também a participação no pregão. As equipes de apoio farão o credenciamento antes mesmo da abertura, e logo que verificadas as credenciais de todos que se façam presentes, será declarado pelo pregoeiro, a abertura da sessão.

Como também acontece no Estatuto, os participantes necessitam apresentar envelopes diferentes, os documentos para a habilitação e em seguida a proposta. Diferente do que ocorre nas demais modalidades previstas na Lei n.º 8.666/93, no pregão a fase para apresentação dessas propostas nos preços ocorre na fase anterior da habilitação, não devendo ser pensado como algo de importância menos significativa.

Continuará sendo de fundamental importância no procedimento, visto que é comprovado que possui capacidade técnica, financeira e econômica desse particular para vir a contratar com a Administração Pública. Contudo, essa inversão causa a celeridade dessa modalidade, evitando que seja conferido documentos de todas as empresas se na verdade apenas uma será contratada.

Assim que ocorrer a entrega, serão abertos e rubricados pelo pregoeiro, participantes e equipe, os envelopes que tiverem as propostas com valores. Haverá uma verificação para conformidade dessas propostas que estarão baseadas nos

requisitos tipificados no edital, e caso não ocorra o atendimento para as especificações previstas no edital, será o participante desclassificado. Porém, caso ocorra erros de natureza formal no qual não acarrete a alteração do preço total dessa proposta, podem ser reparados na própria sessão do pregão e não ocasionará a desclassificação daquele que estiver licitando.

Após verificada as propostas escritas e formais expostas, surge a etapa um tanto desconhecida no estatuto, que é a fase dos lances verbais e sucessivos, nos quais tem valores decrescentes, até que apareça vencedor do certame.

Essa fase somente será consentida para aqueles participantes em que suas propostas demonstrem por escrito, o valor num intervalo de tempo do menor preço e todos os demais. Tem dessa forma, o escopo de estimular que os participantes possam apresentar suas propostas de maneira compatível o que realmente acontece no mercado, penalizando qualquer tipo de tentativa para que os preços sejam inflacionados.

Dessa forma, será anunciado pelo pregoeiro, a proposta por escrito do menor preço e logo, os valores que estejam numa média de 10% superior a primeira. Apenas estes poderão efetuar lances verbais complementares às propostas escritas que vierem a ser demonstrado. Se não houver no mínimo três propostas desse nível, será permitido que ocorra lances orais que será realizado por meio dos proponentes dessas 03 (três) respostas melhores, não importando qual preço tenham ofertado, nos moldes do art. 4º, IX da Lei n.º 10.520/2002.

Vejamos o que preceitua o art. 4º, IX da Lei n.º 10.520/2002:

Art. 4º Os integrantes das Carreiras a que se refere o art. 1º da Lei no 10.910, de 15 de julho de 2004, somente poderão ser cedidos ou ter exercício fora do respectivo órgão de lotação nas seguintes situações:
IX - não havendo pelo menos 3 (três) ofertas nas condições definidas no inciso anterior, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de 3 (três), oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos.

Vale ressaltar que existe uma ordem de sequencias frente aos lances que são dados pelos licitantes. Aquele que primeiro convida para efetuar um lance, tem uma qualificação melhor diante da abertura das propostas, vindo os outros convidados numa ordem decrescente de valor.

Assim, se por acaso um certo licitante, depois de convidado, não fizer seu lance verbal, conseqüentemente será excluído dessa etapa, sendo considerado o seu valor final, em termos de classificação, o último que foi ofertado antes da desistência.

Como já foi conversado anteriormente, essa modalidade pregão, do tipo menor preço, logo depois de constatado a proposta vencedora por meio do final de lances, será examinado através do pregoeiro, o resultado, no qual realizará como juízo de admissibilidade, para evitar que ocorra propostas consideradas superfaturadas ou também as consideradas irrealizáveis.

É fundamental destacar que o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, por meio da Lei Complementar n.º 123/2006, previu uma regra nova no que diz respeito a atuação dessas empresas no pregão.

Conforme entendimento do art. 45, § 3º dessa lei, quando acaba a fase dos lances, a microempresa (ME) ou empresa de pequeno porte (EPP), que obtiver a melhor classificação, logo após seu encerramento, possuirá 05 minutos, para dá uma nova proposta, ou estará precluso o seu direito.

Como requisito desse empate presumido, será uma obrigatoriedade, que por lei é registrado, no qual o lance do EPPE e ME, venha a ser maior que o limite de 5% daquilo que foi proposto por meio da empresa comum. Assim, se a pequena empresa vier a propor novamente, menor ou igual a que originalmente foi vencedora, essa contratação ocorrerá com a empresa.

Vejamos o que determina o art. 45, § 3º da lei n.º 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.

§ 3º No caso da licitação do tipo "menor preço", entre os licitantes considerados qualificados a classificação se dará pela ordem crescente dos preços propostos, prevalecendo, no caso de empate, exclusivamente o critério previsto no parágrafo anterior. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

Depois da classificação, será avaliado pelo pregoeiro, todos os documentos que fizerem referência à habilitação, no qual será necessário analisar somente os

documentos relacionados ao vencedor. Ocorrendo, portanto, a famosa peculiaridade do pregão, qual seja, inversão das fases, diferente das demais modalidades.

Os documentos para a habilitação estão elencados no art. 27 da Lei n.º 8.666/93 e no art. 40, XIII da Lei n.º 10.520.2002, no qual será apresentado pela empresa que venceu o certame, documentos que atestam a regularidade com as Fazendas Nacional, Municipais e Estaduais, e em outro caso, o FGTS e a Seguridade Social, além dos documentos que atestem a sua regularidade jurídica, qualificação financeira-econômica e capacitação técnica devida do vencedor.

Segundo o art. 27 da Lei n.º 8.666/93, são estes os documentos para habilitação:

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

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV - regularidade fiscal e trabalhista; (Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011) (Vigência)

V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 9.854, de 1999).

No caso de ser o licitante inabilitado, será analisado pelo pregoeiro, todos os documentos para habilitação do segundo colocado e assim sucessivamente, até que seja atendido todas as condições necessárias e vinculadas através do instrumento convocatório, o edital, conforme, o art. 4º, inciso XVI da lei em comento.

Pode vir a ser objeto de recurso, a declaração do vencedor, é o que dispõe o art. 4º, inciso XVIII da Lei n.º 10.520/2002, vejamos:

Art. 4º

[...]

XVIII - declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;

O recurso acarreta ainda a invalidação somente dos atos que forem insuscetíveis de ser aproveitados, todos os demais atos não necessitarão ser

atingidos, de maneira que permanecerão intactos no momento em que houver a recomposição parcial desse procedimento, é o que determina o art. 4º, XIX da lei.

Assim que passado essas etapas, aparecerá a adjudicação, incumbência daquele que venceu o objeto da contratação e conseqüentemente a homologação desse licitante.

Será convocado aquele que venceu, para assinar o contrato no prazo de lei, ou seja, previsto no edital, e se não comparecer para efetuar a assinatura dentro do prazo da validade dessa proposta, haverá a convocação, de forma sucessiva, dos outros participantes na mesma ordem final da classificação.

Dessa forma, foi tratado através de um estudo geral, as sequências dos atos que são próprios da modalidade pregão, no qual existem dois modos: eletrônico e presencial. É com base nessa diferenciação dos dois modos e também dos aspectos intrínsecos que será estudado adiante.

3.3 Pregão Eletrônico e Pregão Presencial

O pregão surgiu como uma resposta aos anseios de todos para uma maior celeridade frente ao processo licitatório, sendo usado através das entidades e órgãos da administração pública para que seja adquirido serviços e bens comuns, como está disposto na lei em comento. Neste entendimento, a modalidade de licitação possui formas diversas, eletrônica e presencial, e na espécie, é gênero o pregão, não sendo configurado em hipótese ainda modalidades diferentes.

Depois de instituído o Decreto n.º 5.450/05, o pregão presencial caiu bastante, pois tornou-se obrigatoriedade relativa a utilização do meio virtual. Através disso, tornou-se uma regra que fosse realizado o pregão de maneira eletrônica, a não ser q se comprove a inviabilidade, optando assim pela presencial.

Ademais, ficou determinado a preferência do uso de cotação eletrônica nas situações em que dispensa a licitação, com base nos art. 24, II e art. 4º, § 1º, da Lei n.º 8.666/93.

Existem peculiaridades próprias nas duas formas, e a diferença maior como a nomenclatura sugere, é devido ao fato de não existir a presença física do pregoeiro no pregão eletrônico e muito menos das empresas concorrentes, sendo que da forma presencial, o encontro desses participantes é fundamental e indispensável

para que ocorra a sessão pública para obter a escolha daquele particular através da Administração Pública.

3.4 O Procedimento Peculiar do Pregão Eletrônico: os benefícios do pregão quando encontra-se no formato eletrônico

É fundamental salientar o que o art. 2º da Lei n.º 10.520/2002, preceitua que poderá vir a ser realizado pregão através da utilização de recursos de tecnologia da informação, conforme a regulação específica, ou seja, essa norma legal estabelece e prevê a autorização para que seja aplicado a modalidade na área eletrônica. Assim sendo, ainda que tal tema seja objeto de regulamentação por vários atos jurídicos, não significa que os fundamentos primordiais e princípios do pregão venham a sofrer abandono, é o determina a Lei n.º 10.520/2002 (SANTANA, 2009).

Segundo o art. 2º, § 1º, nota-se que o preção pode ser utilizado por meios eletrônicos, *“Art. 2º [...] § 1º Poderá ser realizado o pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica”*.

Há pouca diferença entre a fase interna e interna presencial do pregão, devendo ser observadas as recomendações feitas e explícitas com base na lei, relacionadas ao âmbito interno da entidade ou órgão administrativo.

Em contrapartida, devido a etapa de competição do certame, ser realizado através da internet, existe a necessidade que os demais atos efetuados pelos participantes estejam identificados e condizentes de maneira autêntica.

Dessa forma, aqueles licitantes que possuam vontade para participar do pregão, como também o pregoeiro e os membros dessa equipe de dará apoio, precisam vir a ser credenciados no sistema da forma devida.

Esse credenciamento ocorrerá por meio da chave de identificação e senha pessoal intransferível no qual terá acesso ao sistema eletrônico, bem divergente do que acontece no pregão presencial, que será realizado numa sessão presencial através de um pregoeiro.

É relevante destacar, que esse credenciamento não será utilizado para somente um pregão, aquele que for credenciado, pode vir a participar de vários pregões eletrônicos que forem realizados por meio da entidade em que foi credenciado (JUSTEN FILHO, 2003, pg. 223).

Quando for promovido o pregão por meio do órgão que integre o SISG (Sistema de Serviços Gerais), dependerá de um registro atual para que seja feito o credenciamento e manutenção do licitante, no Sistema de Cadastro Unificado de Fornecedores (SICAF), que fará além do credenciamento, exercerá a função de acompanhar o andamento deste, mostrando quando houver necessidade, os documentos necessários de balanços, certidões da regularidade da Receita Federal e Estadual, entre outras coisas, para que haja comprovação ou confirmação em regularidades ou, participações nas licitações na administração federal fundacional, direta e autárquica.

Quando a Administração Direta Federal promove licitações através da modalidade pregão eletrônico, geralmente é feito por meio do sítio (<http://comprasgovernamentais.gov.br>), sendo de competência da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI), através do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Essas entidades ou órgãos que ainda não possuem um sistema eletrônico próprio, podem vir a realizar compras, de forma gratuita, por meio do Comprasnet, sendo necessário somente que faça o cadastro por meio do (SLTL).

Como ocorre nos demais editais, no pregão eletrônico é fixado a data e hora para que seja aberto a sessão pública, visto que corre num ambiente virtual, os participantes enviam as propostas através do sistema eletrônico dentro do prazo terminado para abertura dessa sessão pública. Se houver mudança ou desistência, é necessário que seja efetuado um aviso pelo licitante no horário previamente estabelecido na abertura, visto que após, não será aceito qualquer tipo de alteração.

Antes de ocorrer a disputa, será feito pelo pregoeiro a avaliação das propostas que estão cadastradas, tirando dentre elas, as que tiverem valores que excedem os limites preestabelecidos no edital, a título de exemplo.

Na fase dos lances, de forma automática o sistema manterá informado em tempo real aos licitantes qual o valor do menor lance que existe, não identificando, contudo, o participante que deu o seu lance.

Outra coisa que é relevante é que, diferente do tradicional pregão na modalidade eletrônica, os lances não obedecem uma sequência dos licitantes, ou seja, em qualquer tempo, todos podem fazer a oferta, desde que ela seja menor ao último lance que foi oferecido e o sistema registrou (FORTUNA, 2015).

Depois da fase de disputa, será encaminhado aos licitantes, o aviso no qual os lances vão ser encerrados brevemente, num momento aleatório de 30 minutos e depois disso outros lances não serão mais recebidos. Daí em diante, começará a disputa acirrada entre os licitantes, momento em que não saberá em qual etapa será encerrado pelo sistema a chance de ofertar outros lances, permitindo assim que os particulares sejam classificados.

Os outros atos depois disso, é bastante parecido com o que acontece no tradicional pregão. Podendo o pregoeiro, negociar com o participante que venceu, e toda a negociação acompanhada pelos outros participantes por meio do sistema.

É feito a habilitação do classificado eletronicamente através de análises de informações registradas no banco de dados ou documentos que foram enviados por meio do e-mail ou do sistema.

Da segunda forma, os demais participantes podem ver os documentos exigidos, assim sendo, e inclusive devendo ser, em respeito aos princípios da moralidade e publicidade, a única forma reconhecida na modalidade eletrônica, quando diz respeito ao critério de análise de habilitação dos participantes.

Para finalizar, estando todas as exigências correspondidas, o participante vencedor receberá a declaração. É estabelecido que, qualquer empresa tem direito de manifestar fundamentadamente a intenção para recorrer, tendo o prazo total de 03 dias para que seja apresentado as razões desse recurso, e as demais empresas licitantes ficarão intimadas para se quiser, apresentar as devidas contrarrazões, tendo a mesma quantidade de dias, que tendem a correr depois de terminar o prazo daquele que recorreu.

3.5 Vantagens do Pregão em sua Forma Eletrônica

O surgimento da modalidade pregão proporcionou grandes melhorias para os procedimentos licitatórios, e a forma eletrônica, a espécie de gênero, trouxe mais ainda a dinamicidade para todo o processo, colaborando para os anseios da Administração Pública e todos os envolvidos.

A primeira peculiaridade de faz a distinção nos duas espécies de pregão, é que no presencial, existe a possibilidade de uma restrição quando a competitividade, visto que neste caso, a sessão se houver interesse dos participantes para dar lances, ocasionará custos devido o seu deslocamento até o local para que seja

realizado a sessão, fazendo com que aqueles licitantes que se encontrem distantes deste local, faça uma análise entre custo e benefício e cheguem a conclusão que essa vantagem ao investir para que consiga participar desse certame, é muito incerto.

No pregão eletrônico, é permitido que empresas de qualquer lugar do país possam participar, necessitando somente que possuam acesso à internet, tornando curto a distância e inclusive a maior abrangência de licitantes, aumentando dessa forma a competitividade desejada (VIEIRA, 2010).

Em relação a competitividade, existe uma diferença devido ao critério da medida adotada, diferente do tradicional, visto que apenas os licitantes que portem ofertas com valor até 10% (dez por cento) superior ao menor, podem vir a participar dos lances. No pregão eletrônico, tal procedimento é muito mais democrático, qualquer participante que seja credenciado na fase do devido cadastramento das propostas do sistema, participará da fase em que ocorra a disputa dos lances.

Existe ainda a forma de garantir que, sem dúvida alguma, o princípio da impessoalidade, não ocorra a identificação dos licitantes até que ocorra a aceitação das melhores propostas classificadas. Por isso, é defendido pelos doutrinadores que ocorre uma menor incidência do uso de conluíus quando é usado o pregão eletrônico como modalidade.

Uma imensa vantagem também é vista, que é a economia dos certames via internet. Com os custos devido os deslocamentos e preparação dos envolvidos, ferramentas utilizadas na sessão solene presencial, nota-se que no pregão eletrônico ocorre a economia de tempo.

Nas licitações em que o objeto corresponda a inúmeros lotes e itens, a título de exemplo, no pregão presencial usa-se muito mais tempo diante da fase de lances, visto que são efetuados de forma individual por cada participante e somente para um objeto por vez.

Assim sendo, é fundamental que sejam esgotadas as ofertas para certo objeto ou lote e a proposta melhor venha a ser aceita, iniciando a fase de lances diante do seguinte item.

Assim, o pregão eletrônico permite que seja aberto a fase de lances para inúmeros lotes e itens simultaneamente, demandando menos tempo de uma sessão para certa etapa, sendo considerado ainda, que num formato eletrônico, é estipulado o limite de tempo e também o aleatório para que ocorra seu encerramento.

Fundamental ressaltar que diante do pregão presencial, encerram-se os lances inclusive se houver a falta de manifestação de preços melhores, e isso independe do tempo que levar para demandar. Dessa forma, obteve grande avanço diante dos procedimentos licitatórios, chegando ao pregão, contudo, por meio da realização do mesmo, através da tecnologia de informação como a internet, proporcionando uma grande celeridade, maior transparência, competitividade, moralidade, impessoalidade e eficiência nos atos licitatórios.

Diante do seu uso, o crescimento de fornecedores tornou-se maior e a fase de lances mais ágeis, constatando-se o aumento da economia nos cofres públicos atualmente.

Com a apresentação das vantagens demonstradas por meio da modalidade pregão, veremos no próximo capítulo de maneira breve, os temas importantes e polêmicos que dizem respeito ao instituto licitatório.

4 ASSUNTOS POLÊMICOS RELACIONADOS À MODALIDADE ELETRÔNICA

O pregão, modalidade de compras que inovou o sistema licitatório devido a sua forma eletrônica, avançou com recursos tecnológicos de informática, utilizando a engenharia cibernética no qual, apostou que existe a possibilidade dos códigos para programação estarem propensos ao devido aperfeiçoamento, fundamental e necessário para que possa assegurar e continuar a devida trajetória diante da credibilidade, economia e transparência dos atos.

Devido ao grande crescimento da tecnologia, o meio jurídico tem usado cada vez mais os recursos tecnológicos devido ao aumento dos processos eletrônicos e a videoconferência para que sejam ouvidas as testemunhas a partes de uma ação.

Assim, o que se questiona é se numa ação jurídica, ao utilizar essas inovações, consegue-se da forma devida acompanhar o contínuo progresso ou vive-se sem se importar com essas transformações.

Em seguida, busca-se, distante de exaurir reflexões, entrar em certos temas que dizem respeito aos pregões eletrônicos os quais são suscetíveis de polêmicas e contradições.

4.1 A Utilização de Softwares nos pregões eletrônicos

Dos assuntos mais comentados e discutidos atualmente é a utilização de softwares robôs diante de uma fase de disputa numa licitação.

Assim, nota-se que o pregão possui dois tipos comuns para encerramento da competição: o randômico, conhecido por ser o encerramento de forma aleatória que acontece em qualquer momento diante do intervalo de 01 segundo a 30 minutos, e a programação automática, no qual, em cada lance, será prorrogado pelo sistema a chance de um lance novo, tendo mais 03 minutos.

No tempo randômico, usa-se em suas duas maiores plataformas para compras de forma eletrônica do país, o Branco do Brasil e o Comprasnet. Sendo assim, o licitante deseja sempre estar à frente dos demais concorrentes, visto que não se sabe com certeza qual o momento que será encerrado tal disputa.

Vejamos abaixo uma imagem ilustrativa de uma das maiores plataformas de compras eletrônicas do Brasil:



Imagem ilustrativa da plataforma Comprasnet

Manifesta-se dessa forma, o intuito de usar os softwares que possuem capacidade para identificar o lance de certa empresa e assim fazer a emissão do lance resposta, num pequeno espaço do tempo.

O operador pode vir a precisar de segundos numa ação, a depender dos números dos dígitos e também da confirmação desse valor a ser digitado para que

seja evitado erros de forma indesejáveis, um robô chega a demorar fração de segundos para que seja devolvido o lance com um menor preço.

Diante disso, ocorrendo o encerramento de tal etapa por meio do método randômico, aquela empresa que usa o robô tem uma maior vantagem e maiores possibilidades de obter a vitória diante dos demais.

Nas situações em que plataformas usam como tipo de encerramento a prorrogação automática, o uso do robô não é vantajoso, visto que esse encerramento ocorrerá dentro do prazo de 03 minutos logo depois do último lance, o que é suficiente para que seja digitado qualquer outro valor que quiser.

4.2 Jurisprudência e os Softwares robôs

Utilizando a jurisprudência que diz respeito ao tema, nota-se o argumento que utilizar essa ferramenta, acaba por ferir a isonomia, princípio que baseia as licitações públicas, como pode ser visto através do julgado pelo Tribunal de Contas da União, vejamos:

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

automático de lances em pregões eletrônicos conduzidos via portal Comprasnet, no que foi acompanhado pelo Plenário. Acórdão n.º 2601/2011-Plenário, TC- 014.474/2011-5, rel. Min. Valmir Campelo, 28.09.2011.

Numa outra situação, foi suspenso por meio de uma liminar do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em Brasília, a licitação do Ministério da Saúde, no qual uma empresa que venceu, recebeu a acusação de que burlou o sistema do Comprasnet, alegando que foi usado um programa com capacidade para superar, por frações de segundos, o lance de qualquer outro concorrente num certame.

O relator do caso, Desembargador Federal Fagundes de Deus, do TRF, concedeu a liminar para que fosse suspenso a licitação, visto que considerou necessário que fosse respeitado o princípio da isonomia entre os licitantes.

Segundo ele, ocorreu fortes indícios de uma desleal concorrência. Essa decisão relata caso de lances automáticos efetuados por meio da empresa logo após de forma imediata aos lances da empresa concorrente, feitos numa fração de segundos.

Conforme a liminar, uma empresa deu o lance, garantindo sua vitória com menos de um segundo em seguida da oferta que seu concorrente ofereceu, aproveitando o tempo que restava para que fosse encerrado tal leilão.

No que diz respeito ao tema e a visão do Poder Legislativo e a Comissão de Finanças e Tributação, houve aprovação de projeto por meio do deputado Geraldo Resende (PMDB-MS), no qual se proíbe que seja feito o uso de “robôs” por meio dos pregões eletrônicos que são efetuados pelo Governo Federal nos casos de compras de serviços e produtor (PL1592/11).

Defende o deputado Alfredo Kaefer (PSDB-PR), que o uso desses robôs proporciona condições de competição injustas. “Aqueles que são fornecedores do Poder Público que não tivessem a mesma disposição para recorrer aos artifícios, raramente conseguiram a vitória numa disputa licitatória”, o deputado afirmou.

Dessa forma, conseqüentemente os participantes que utilizam tal ferramenta diante dos lances numa licitação eletrônica, podem vir a ser impedidos de contratar com a Administração Pública por até dois anos e ainda estar sujeitos a ser presos durante 06 meses até 02 anos e pagar multas, devido ao ato ilegal praticado.

4.3 Vantagens e desvantagens do uso eletrônico

Fazendo uma análise técnica jurídica, nota-se que esse envio automático dos lances num pregão eletrônico, pode vir a comprometer a igualdade de manutenção diante das condições entre os participantes, diminuindo assim o caráter competitivo da competição, visto que se aumenta as vantagens gradualmente de forma sensível, fazendo com que as chances de contratar por quem utiliza essa ferramenta eletrônica, sejam muito altas diante dos lances oferecidos.

Diante de tal situação, é evidente que o participante que utiliza esse programa, tem vantagens diante dos demais competidores que não faz uso do mesmo aparelho, em contrapartida, se todos estiverem usando, essa fase de competição no pregão tornará na verdade um procedimento licitatório eivado de ilegalidade e desordem.

Com intuito de proibir de uma vez por todas o uso dessa ferramenta, foi editado por meio da Instrução Normativa nº 3 de 16 de novembro de 2011, através da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, o seguinte teor:

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

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

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

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

Ainda que se trate de um método justificável e válido, vem sendo muito discutido e criticado, visto que a disputa encerra de maneira aleatória, não tendo noção de quando ocorrerá o término da etapa dos lances e obterá a sua classificação, e os 20 segundos são suficientes para que o licitante interessado possa de forma manual superar o lance dado e ainda assim o sistema o impede.

Mesmo assim, é somente aplicado no âmbito federal, ou seja, para o Ministério do Planejamento, não surtindo efeito nos Estados, Municípios e Distrito

Federal, visto que o regulamento deve somente falar como a lei precisa ser cumprida.

Não sendo dessa forma, mesmo que seja criado obrigações ou direitos, os novos instrumentos jurídicos, virão a outorgar competências para os agentes administrativos que não são pressupostos em lei. (NIEHBUHR, 2005, pg. 175).

Contudo, ao estudar a utilização diante de uma perspectiva diferente do que tem sido visto, o robô eletrônico é nada além do que um programa em que se consegue fazer registro com uma maior celeridade do lance do concorrente que se usa dele.

Com efeito, dá privilegio ao proponente diferente dos demais que não vierem a usar um certo otimizador eletrônico para lances. Veja, se for dado uma atenção maior ao questionamento, nota-se de forma clara que esse referido “privilégio” sempre esteve ali, estando limitado à condição humana motora e em parte também da tecnologia.

Visto que ao usar um recurso da internet, tendo uma qualidade superior à média, ainda mais rápido, e de computadores ainda mais sofisticados com a última geração, possuindo alta capacidade de processamento, este competidor na verdade está otimizando o seu melhor momento, sua chance para ter o seu lance com mais celeridade registrada.

Assim sendo, o que realmente motivou o aparecimento desses meios de envio automático foi o tempo randômico, que para ao expirar de forma aleatória dentro de 30 minutos, fazendo com que os proponentes sejam provocados a ofertar os lances.

Entretanto, a solução para finalizar randomicamente não se mostra de maneira adequada, vindo a privilegiar aquele lance que foi de forma mais rápida registrada, visto que o correto é esgotar os lances feitos por todos os licitantes até que fossem ofertados o menor valor por eles, fazendo com que isso não se perdesse sem um tempo determinado (BONO, 2012).

Diante da perspectiva analisada, conclui-se que a utilização do software robô não cria uma situação injusta no procedimento que tem sido de forma total, isonômica. Aquele participante que quiser crescer o rol de negócios e vir a contratar com o Poder Público, pode vir a ser bem lucrativo para sua empresa.

O programa com lances surgiu diante da fragilidade da moralidade, visto que, ainda sendo uma licitação do tipo menor preço, não é sempre que a administração

consegue realizar o negócio com maior vantagem, mas sim com o preço menor ofertado diante do encerramento do momento que está previsto.

Com efeito, ainda que se use os métodos tecnológicos da área de telecomunicação e computação, o pregão eletrônico da forma em que tem sido utilizada ultimamente, exige que seja usado pelos licitantes os meios tecnológicos mais avançados para que tenham sucesso no procedimento efetuado, mais que o acaso, não proporciona uma superior isonomia que a modalidade anterior.

4.4 Frustração da Concorrência por combinação entre empresas

Um hábito bastante conhecido nas licitações presenciais são os conluios que ocorrem nas empresas que de forma oculta, combinam valores e fazem revezamento para contratar com vários órgãos, o que também pode acontecer persistentemente no pregão eletrônico. É obvio que, diante do procedimento da modalidade, certo ato é muito difícil de ser comprovado, porém, deve a mesma surgir de uma análise de forma criteriosa através dos indícios e acarretar punições, inclusive administrativamente (LIMA, 2016).

Em muitos casos, são constituídas de empresas que terá participação numa disputa somente para favorecer certo competidor. Assim, enviam lances bem abaixo dos usuais de mercado, aqueles que são considerados inexequíveis, para que na hora da disputa, seja desestimulado a justa competição.

Aquele fornecedor que foi favorecido, geralmente mante-se numa posição bem superior as outras. Já as primeiras, não mandam a documentação necessária conforme edital, sendo desclassificadas, deixando o espaço aberto para a conhecida consequente habilitação do fornecedor que foi escolhido por ordem de classificação.

Na modalidade pregão, é propiciado uma competição bem maior, com peculiaridades entendidas devido a não exigência dos participantes fisicamente na hora da disputa, dificultando os conluios, visto que existem fornecedores e diferentes locais, diminuindo das oportunidades de acordo entre eles.

Contudo, é evidente que tais atos existem e acontecem e por muitas vezes através de pequenas empresas no qual tem os mesmos sócios, fazendo com que o pregoeiro possa identificar e constatar com mais facilidade.

Observa-se também que alguns agentes públicos praticam atos impróprios, aliando-se com as empresas com a intenção de fraudar os procedimentos

licitatórios. Dessa forma, é exigido que seja combatido as ações que estejam presentes nos controles externos e internos de forma eficiente.

Diante desses aspectos, as punições administrativas tem sido um método que se utiliza para que possa coibir essas práticas, como por exemplo, através de processo administrativo, analisando a conveniência de certos casos, para que seja penalizado também as empresas que não encaminham inclusive a documentação para habilitação da licitação depois que venceram ou ofertaram seu lance que foram entendidos como inexequíveis, no intuito de atrapalhar a disputa justa. Merecendo uma rigorosa aplicação de penalidades administrativas, com a suspensão do direito de contratar e licitar de maneira temporária, para que seja coibido a reincidência dessa prática ilegal.

4.5 O Cadastro Prévio e a Competitividade

O método utilizado para cadastro no Sistema de Cadastramento Unificado de fornecedores (SICAF) geralmente é entendido como:

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

O Sistema de Cadastramento Unificado de fornecedores (SICAF) tem sido utilizado no intuito de tornar mais simples o cadastramento dos fornecedores do Governo Federal, sendo entendido inclusive como um instrumento para verificação, vendo se existe condições para se tornar habilitável. Contudo, ainda que seja eficiente, existe inúmeras discussões em torno da aplicação na prática.

Esse sistema foi introduzido em 1992 por meio do Ordenamento Jurídico do Brasil através do Decreto Federal 449, para que houvesse um cadastro unificado de fornecedores, organizando informação importantes, inclusive as consideradas mínimas que constam nesse cadastro.

Quando tal decreto foi editado por meio da Lei 8.666/93, o SICAF sumiu, até que a Normativa nº 05 do Ministério da Administração e Reforma do Estado de 1995, tornou restabelecido suas normas, inclusive obrigando o cadastro dos fornecedores

que tenham interesse para contratar com entidades e os órgãos do Sistema de Serviços Gerais (SISG), e os que quisessem usar o (SICAF), se assim entendesse melhor.

Devido ao IN de nº 5 do MARE, através do item 1.3, foi proibida licitação para que fosse adquirida contratação de obras e serviços e bens com as empresas que não se encontrassem cadastradas no (SICAF), para todo o tipo de modalidade de licitação, até mesmo para os casos de dispensa e inexigibilidade, de forma que a princípio, não houve manifestação favorável do Tribunal de Contas relacionado ao caso.

Contudo, mesmo com o aval do TCU, a doutrina era majoritária ao defender que existia ilegalidade diante da exigência para prévio cadastramento dos participantes da licitação através do (SICAF), visto que entendiam que essa prática, poderia resultar na limitação e conseqüentemente restrição dessa licitação (SOARES, 2012).

Frente as diversas críticas, foi iniciada pela Corte de Contas, uma revisão diante do seu entendimento, determinando que a Subsecretaria de Planejamento Orçamento e Administração do Ministério da Cultura fizesse a retirada dos editais para licitação, qualquer exigência de prévio cadastro do SICAF, através da Decisão nº 654/2000.

Daí em diante, o Tribunal de Contas da União começou a defender o entendimento de que tal norma disciplinadora dessa exigência que estava em análise através do IN nº 05 MARE, não possuía a capacidade de impor a todas as entidades públicas da federação que fosse vedado de realizar qualquer contrato com empresas que não estivesse cadastrado através do SICAF, fazendo com que fosse cumprido esse entendimento.

A Administração Pública foi acusada de desacatar a legalidade frente aos procedimentos licitatórios, editando o Decreto nº 3.722/2001, que continuou a ditar que os participantes fossem obrigados a realizar o cadastro no (SICAF), para só assim obter a participação nas licitações que fossem realizadas através das entidades e órgãos que fazem parte do (SISG), imposição que tornou-se insubsistente através do TCU na (Decisão nº 80/2001-Plenário).

Dessa forma, frente as violações legais que foram facilmente identificadas através do TCU, foi editado pelo Governo Federal o Decreto 4.485/2002, que alterou entre outros termos, o artigo 1º, parágrafo 1º do Decreto de nº 3.722/2001, passando

a reconhecer que fosse uma faculdade o cadastro através do SICAF para com os fornecedores do Governo Federal, visto que, em situações que o competidor fizer a homologação, não vir a está inscrito no (SICAF), o cadastramento vai ser realizado através da administração, não restando ônus para os participantes, antes mesmo de efetuar a contratação, se baseando na análise dos documentos que forem apresentados diante da habilitação, fazendo com que a ilegalidade fosse sanada e cessada.

Com efeito, o (SICAF) é uma ferramenta que proporciona uma maior racionalidade e celeridade diante das contratações que são feitas pelo Estado. Esse entendimento é feito pela doutrina, o que pode ser visto por meio do entendimento de Jessé Torres Pereira Júnior, vejamos:

Trata-se de instrumento de grande utilidade operacional para a Administração Pública Federal e demais órgãos ou entidades que a ele aderirem, expressamente, em qualquer das esferas da Federação. Mantém informatizados e acessíveis *on line* todos os dados referentes à habilitação jurídica, à regularidade fiscal e à qualificação econômico-financeira das empresas que nele se inscreverem (Junior, 2007, p. 452).

O TCU tem reconhecido também o SICAF como um método para que seja feito a prova para habilitação dos participantes, necessitando uma maior eficiência diante do processamento da licitação, conforme Acórdão do TCU nº 1070/2005, da Primeira Câmara, a saber:

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

Com efeito, mesmo com benefícios que vem do uso do (SICAF), não pode ser negado que ocorra uma afronta diante da Lei 8.666/93 e também do princípio da competitividade que é causado devido ao prévio cadastro desses participantes no sistema.

O Tribunal de Contas por meio dos seus precedentes, entende que a exigência da inscrição pelo (SICAF), visto como uma condição para habilitação da licitação, constitui-se cerceamento do caráter competitivo, evidenciando uma afronta

diante do que preceitua no inciso I do § 1º do art. 3º da Lei n.º 8.666/93, (Acórdão n.º 1070/2015 Primeira Câmara).

Vejamos o que diz o art. 3º

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. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010) (Regulamento) (Regulamento) (Regulamento)

§ 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, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010).

4.6 O Relato de Qualidade Inferior nos Objetos que são Contratados através dos Pregões Eletrônicos

Quando é analisado as vantagens e desvantagens do pregão eletrônico, observa-se que um tema tem sido bastante discutido, é o fato de que a Administração Pública tem realizado contratações com uma qualidade baixa devido a ferramenta.

O pregão eletrônico é uma licitação do tipo menor preço, sendo realizado através da rede mundial de computadores, proporcionando uma elevada gama de competidores e fornecedores no qual, além de afastar a exigibilidade de amostras, tem sido notado a qualidade baixa dos serviços e bens que tem sido contratados através dos órgãos e entidades administrativas envolvidas.

Contudo, é necessário observar que nem toda compra de menor preço é exatamente uma compra ruim. O pregão tem sido usado para serviços e bens que são considerados comuns, em resumo, bens e serviços que numa visão técnica, tem diversos fornecedores capacitados para que seja suprido da demanda.

Assim, o que deve ser feito antes de pedir o produto ao competente setor, é fazer a identificação do que realmente é necessário adquirir. Identificando esse ponto é o passo inicial para que seja realizado uma correta compra.

Se baseando nesta solicitação, o órgão que for licitar, precisa fazer uma especificação clara e objetiva daquilo que se quer obter. É importante que a licitação tenha sucesso e para isso o item precisa estar de forma suficiente, descrita, para que seja evitado dúvidas por meio dos fornecedores e ainda, das pessoas responsáveis diante do processo de licitação (DIAS,2014).

Essa exigência minuciosa com descrição do objeto que deseja que seja adquirido, é legal, conforme o artigo 14 da lei 8.666/93 preceitua, para que nenhuma compra venha a ser feita sem que haja a adequada caracterização, sob pena de nulidade do feito.

Vejamos o que diz o artigo 14 da lei n.º 8.666/93 por meio do exemplo em tela:

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

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

Assim sendo, como demonstra a ilustração, erra quem diz que a Administração Pública realiza negócios de péssima qualidade devido o tipo menor preço por meio das licitações eletrônicas. Ainda que seja proibido que se escolha marcas de produto por meio dos processos de licitação, conforme o art. 7º da lei 8.666/93, o que viria a acarretar certos privilégios, pode vir a alegar por meio do princípio da padronização de um objeto que já foi usado, fazendo com que isso não se torne algo ilegal. Essa doutrinação é preceituada por meio da Dora Maria de Oliveira Ramos (2005), como o exemplo a seguir:

Imagine-se a seguinte hipótese: para desenvolver uma dada pesquisa, foi adquirida uma determinada matéria-prima, um reagente químico específico. Se para a continuidade da pesquisa for necessária nova aquisição, poder-se-ia fazer a indicação da marca desejada na hipótese de outra marca qualquer, similar à inicialmente adquirida, implicar possibilidade de desvio do resultado já obtido inicialmente. Nessa hipótese, se o fato estiver justificado nos autos, legal será a opção de marca pela Administração, posto que apenas um determinado produto reúne condições de atender a contento a necessidade específica do órgão público (Ramos 2005, p. 49).

Dessa maneira, evitando-se que sejam feitas contratações que não venham ser do interesse da Administração Pública, é fundamental destacar que ainda que o pregão eletrônico seja entendido como um leilão às avessas, a proposta entendida como mais vantajosa, nem sempre será aquela que vai apresentar o menor preço, mas sim aquele que atender os interesses do órgão licitante de uma maneira satisfatória como pedido.

Com efeito, não ocorre o atendimento do interesse público daquela proposta que é inexequível, a que por causa do preço baixo de forma excessiva, não tem sido suficiente para que seja custeado a prestação que a Administração pretende, ocorrendo, caso venha a ser contratado, o inadimplemento da obrigação que aquele fornecedor tem com a Administração Pública.

Essa inexequibilidade de uma proposta, deve ser observada por meio da análise para aceitabilidade dessa proposta, tendo o pregoeiro e a equipe da licitação, o crivo de usar como parâmetro o termo de referência, no qual faz a demonstração do preço de mercado desse item licitado, mesmo na fase interna do pregão.

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

Ainda que o valor existente do termo de referência não venha a ser entendido por preço mínimo, de maneira a permitir de forma imediata que seja desclassificado das propostas por preço inferior, é, assegurado, o parâmetro que deve vir a nortear uma avaliação de inexequibilidade.

Para isso, contudo, a Administração deverá fazer a definição de forma objetiva daquilo em que será entendido na avaliação, sendo fundamental que a descrição do item seja minuciosa (DIAS, 2014).

Com base no art. 48, inciso II da Lei n.º 8.666/93, aquela proposta com valor inferior diante dos custos esperado na fase interna desse pregão, é necessário que sua viabilidade seja demonstrada por meio de documentos que venham a comprovar que certos custos de insumos sejam coerentes com os valores do mercado e que seus coeficientes de produtividade sejam assim compatíveis com a execução desse item do contrato, sendo estas as condições que são especificadas de forma necessária para o ato convocatório do certame.

Assim, o art. 44, § 3º desse diploma determina que:

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

Diante das questões, e os problemas relacionados as compras de baixa qualidade, podem vir a ser minimizada por meio de uma ampla integração dos requisitantes e o órgão que licitar, que são compostos através do pregoeiro e da equipe que dá suporte.

Dessa forma, o que mais aproxima os agentes públicos, pode vir a tornar propício a supressão de certas falhas eventuais diante da especificação de um objeto, sendo impedido, dessa maneira, que ocorra uma compra ruim.

Entendendo por afastada essa hipótese, inaceitável e frequente, da costumeira revisão de contratos por meio do fundamento do aumento de forma imprevisível, para insumos de produção numa contratação de licitação.

4.7 As peculiaridades do Pregão Eletrônico diante do SICAF

Diante do estudo realizado, ficou configurado que é incontestável a existência de uma ilegalidade diante da exigência de cadastramento dos participantes, visto

como uma condição para que houvesse sua participação nos certames das licitações.

Vale ressaltar, porém, que veio ao pregão, através do Decreto n.º 5.450/05, diante do seu formato eletrônico, certas peculiaridades em seus procedimentos nos quais as diferenciam das demais modalidades de licitação.

Esse decreto, exigiu que fosse feito, de forma prévia, um credenciamento dos participantes por meio do provedor desse sistema eletrônico, daquele órgão que está promovendo a licitação, fazendo com que, seja estabelecido para esses órgãos que fazem parte do SISG, o cadastramento pelo SICAF, a título de condição para o efetivo credenciamento daquele licitante, é o que prevê o artigo 3º, em seu § 2º do Decreto n.º 5.450/05. Vejamos:

Art. 3º 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.

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

Essa exigência de credenciamento prévio, surgiu por meio da necessidade que decorre do meio no qual se desenvolve o procedimento licitatório, visto que esse torneio virtual requer uma preocupação maior no procedimento licitatório, já que em tal torneio virtual, é exigido uma preocupação elevada no que diz respeito a devida identificação e também que seja autêntico os atos que são praticados pelas criaturas envolvidas nesse certame.

Dessa forma, para que ocorra uma segurança maior dos procedimentos que são desenvolvidos através dos preços eletrônicos, foi imposto por meio da norma para aqueles que querem participar, um credenciamento de forma prévia por meio do uso de uma chave de identificação e também de senha que é pessoal e intransferível, visto que, para aqueles órgão que fazem parte do SISG, este cadastramento dos participantes no SICAF é a forma mais hábil de ocorrer a efetivação desse credenciamento (SOARES, 2012).

Outra peculiaridade interessante é que, segundo o Relatório do Ministério do Planejamento, é importante fazer a verificação do quantitativo dos gastos nas

unidades e regiões da federação, podendo obter o número dos objetos que foram adquiridos, o seu real e total valor, conforme as modalidades, para obter contratação de serviços e bens, é o que demonstra no próprio site do Comprasnet, numa breve consulta.

Ficou demonstrado por meio dos resultados, que certas modalidades de licitação, tem um elevado número de compras e que a dispensa da licitação tem sido a mais usada pela Administração Pública, chegando a 186.301, ou seja, um total de (78%) dos casos, contudo, no pregão eletrônico, notou-se que tem sido adotada para que seja obtido contratos de serviços e/ou bens, com (48%), num total de R\$24.6 bilhões.

Observa-se que a região sudeste efetuou inúmeros processos para compras e que em relação ao valor de compras, foi a região centro-oeste que demonstrou existir um elevado número de gastos governamentais através de compras, chegando até R\$ 23 bilhões, ou seja, (44%), segundo site da Comprasnet, podendo ser observado no link anteriormente demonstrado.

Com efeito, demonstra-se que com o pregão eletrônico, é gerado uma economia muito grande de R\$7.53 bilhões, devido a competição entre fornecedores e também através dos microempreendedores, que acabaram por obter por meio de compras, R\$ 3.8 bilhão, economizando até 40% em processo, o que representa 51% do total de economia no ano de 2018, conforme demonstra o site da Comprasnet.

Outro fator importante, é que ocorre uma atualização dos preços diante do fornecimento de forma contínua, neste caso, a Administração Pública e o participante acabam por ficar obrigados a manter o preço, gerando grandes prejuízos. Ocorrendo a atualização dos valores por meio do SRP, Sistema de Registro de Preços, através da atualização de valores de forma periódica, assegura que ocorrerá o aproveitamento e estabilidade dos preços diante das promoções e ofertas.

Dessa forma, ainda que exista um aumento no registro de preços vigente e a Administração entenda que certos valores constantes nessa ata não estejam conforme os valores atuais, não será obrigada a efetuar compras por meio do SRP, conforme preceitua o parágrafo 4º do artigo 15 desse regulamento, (Brasil, 2001).

Ocorre também uma grande transparência nas economia e aquisições de recursos, visto que o SRP proporciona uma elevada transparência frente às aquisições, já que, os valores cotados são mais acessíveis a e de forma periódica,

bem mais atualizados. Bem diferente do que acontece na licitação tradicional, essa cotação de valores não demonstra ser uma etapa comum do processo, e sim a principal.

Sem contar que, é precedida por uma ampla análise de mercado, fazendo com que mais pessoas tenham vontade para licitar. Observa-se também que a economia de recursos através das publicações dos editais e outros atos relacionados a inúmeras licitações serão imensuráveis, visto que essas despesas virão a ser diminuídas largamente através da prática de uso desse sistema, segundo (LEÃO, 2001).

Com relação aos procedimentos que são utilizados para que seja conduzido o pregão eletrônico, é fundamental que seja citado quais os ensinamentos que foram utilizados através do Tribunal de Contas da União na publicação que tem uma gama de orientações pertinentes aos contratos e licitações (SOARES, 2006, p.114).

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

- 1- estar previamente credenciado no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF, para que possa acessar o sistema, em licitações promovidas pelos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG ou por aqueles que tenham celebrado termo de adesão ao sistema;
- 2- estar cadastrado e habilitado no Sistema de Cadastramento Unificado de fornecedores – SICAF, ou no sistema de cadastro próprio dos órgãos licitadores, ou cadastros equivalentes, (SOARES, 2006, p.114).

Contudo, ainda que esteja configurada a conformidade desse pensamento do Tribunal de Contas, conforme o que preceitua o Decreto 5.450/05, relacionado ao prévio credenciamento desses participantes através do cadastramento no SICAF, divergindo-se diante das orientações que foram trazidas por meio do TCU, uma parte da doutrina nega o prévio cadastramento através do cadastramento no SICAF, dizendo que um simples decreto não poderia ter o condão de tornar obrigatório a efetivação desse cadastramento (FILHO, 2010).

Dessa forma, ocasionando uma dissonância através do entendimento da doutrina e o pensamento que foi adotado por meio do TCU, com a intenção de solucionar todo esse impasse, restou-se entendido que é adequada a diferença através do credenciamento e cadastramento.

O cadastramento estabelece a introdução das informações dos fornecedores num certo banco de dados, tendo a finalidade de acelerar o processamento dos certames, inclusive servindo, como uma forma probatória para habilitação.

Já o credenciamento é entendido como um procedimento no qual a Administração Pública faz a identificação dos participantes que estão envolvidos no certame, através da atribuição de senhas personalizadas, no qual, na situação dos órgãos que integram o SISG, acontece através do cadastramento por meio do SICAF.

Nota-se, dessa forma, que o credenciamento dos participantes conforme está previsto no Decreto n.º 5.450/05, não pode se confundir com aquele cadastramento no SICAF, visto que neste caso, somente a forma no qual ocorre o processamento do primeiro.

Assim, há a possibilidade de afirmar que, no que diz respeito ao pregão eletrônico, esse cadastramento não constitui um banco de dados comum, que somente possui informações relacionados aos fornecedores, mas é constituído por meio de critério técnico que vai viabilizar o credenciamento dos participantes que tiver interesse de participar de um certame licitatório.

Diante do exposto, é plausível ser cabível essa exigência de um cadastramento prévio dos participantes no SICAF para que possam participar do pregão eletrônico, visto que se refere a condição técnica para que seja realizado o credenciamento e vir a assegurar uma organização maior para o ambiente eletrônico, de forma moderna, devido a sua ausência.

5 CONCLUSÃO

Ao ser feito a análise e observado a modalidade conhecida por pregão, que geralmente é usada com a finalidade de compras de bens e serviços, notou-se que acarretou inúmeros benefícios para a Administração Pública.

Diante de um Estado ainda mais complexo e sendo necessário efetuar contratações, o pregão tornou os certamos ainda mais céleres devido a sequência dos procedimentos, no qual, é entendido como um leilão às avessas, sendo disputado entre si pelos licitantes, oferecendo lances e fazendo com que sejam diminuídos os valores dessas propostas, fazendo com que a economia crescesse nos cofres públicos.

Vale ressaltar que o pregão não tem um preço limite para que seja utilizado, visto que é usado diante da natureza comum que os serviços e bens possuem, dessa forma, possibilita o uso desse tipo de licitação para os inúmeros objetos.

Essa modalidade de licitação propiciou uma imensa economia para os licitantes como também para a Administração Pública, visto que não tem sido necessário uma sessão presencial solene para que seja finalizada a disputa, demandando assim uma imensa preparação de pessoas e local para realização do certame, sem contar o deslocamento que deixou de ser necessário.

O único gasto que ocorre nessa modalidade, é com a própria internet, em que, hoje em dia, a maioria das pessoas tem acesso, facilitando a aproximação de todos para participar do certame.

Assim sendo, através da modalidade eletrônica, ocorreu uma ampliação do número dos fornecedores que agora, estão mais dispostos a contratar com os órgãos públicos, fazendo com que a disputa do certame seja ainda mais disputadas, competitivas e vantajosas para a Administração Pública, propiciando assim, a obrigatoriedade relacionada ao âmbito Federal, e também que os cofres públicos economizem.

Diante da esfera cibernética, o Estado tem buscado a modernização e aproveitamento de vantagens para com as novas tecnologias. Porém, encontra-se também propício a vir acarretar problemas devido a transformação, o que tem sido natural e muito necessário para que ocorra a adaptação por meio dos setores públicos para seu desenvolvimento.

Nesse contexto, ocorrem discursos empolgantes e calorosos em volta da utilização do pregão eletrônico, dessa forma, faz-se necessário pontuar situações polêmicas nesse presente estudo, para que seja demonstrado que o Estado, ao utilizar as tecnologias, precisa buscar sempre o aprimoramento e crescimento, para que seja evitado que atos fraudulentos diante das disputas, acarrete problemas e prejuízos.

Observando sempre a isonomia diante das disparidades da tecnologia, visto que esse mundo está totalmente e de forma íntima, ligada aos meios de modernização e crescimento de disponibilidades. Assim sendo, as mudanças pontuadas são fundamentais e importantes para que tenha o objetivo de seguir e administrar com todo cuidado o fluxo dessas mudanças tecnológicas.

Pra finalizar, é fundamental ressaltar que, ainda que alguns pontos sejam evitados de polêmicas, a modalidade pregão eletrônica acarretou imensas vantagens para a Administração Pública e seus cofres, e com base nessas experiências que vieram do seu histórico de uso, sem dúvida alguma, pode ser afirmado que, as vantagens são largamente superiores diante dos obstáculos e dificuldades que possam ser vistos diante da utilização dessa modalidade de licitação que tem oferecido tantos benefícios

A licitação modificou a forma de contratar com o Poder Público, e o pregão eletrônico causou uma verdadeira transformação no mundo licitatório, ampliando ainda mais o viés da dinamicidade, diante das compras públicas realizadas.

REFERÊNCIAS

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

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

BRSCAN, Ivan Marinovic. **O Governo compra mal porque compra pelo menor preço?** Ano:2010.

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

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

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

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

JACOBY FERNANDES, JORGE ULISSES. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 5.ed.rev.atual.e ampl. Belo Horizonte:Fórum,2013

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

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

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

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

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