

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

SEBASTIÃO SÉRGIO DA SILVEIRA

ANDRESSA DE OLIVEIRA LANCHOTTI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Andressa De Oliveira Lanchotti, Sebastião Sérgio Da Silveira – Florianópolis: CONPEDI,
2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-150-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Administrativo. 3. Gestão Pública. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

A presente coletânea é produto da reunião dos trabalhos apresentados no Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública II, do XXV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação e Direito - CONPEDI, realizado na cidade de Brasília, no período de 06 a 08 de julho de 2016.

O resultado que ora apresentamos é fruto do labor de mais de dezenas de pesquisadores, sendo que os trabalhos refletem um pouco da situação atual de nosso direito administrativo e da gestão pública que dele decorre.

Conforme é sabido, o Direito Administrativo brasileiro vem passando por um intenso processo de ressignificação, na busca de novos paradigmas e valores, principalmente como forma de atender aos princípios consagrados na Constituição de 1988.

A gestão pública, sempre muito influenciada por velhos métodos e práticas, também vem sendo colocada à prova, diante das necessidades de busca de eficiência, economicidade e transparência.

Sempre muito resignada, a sociedade brasileira parece não mais se conformar com a situação caótica vivida pelo Estado Brasileiro e vem clamando por reformas e mudanças.

Os trabalhos ora apresentados refletem as inquietações da doutrina e os desafios existentes, principalmente em razão das aspirações de nosso povo, que sedento por melhores serviços públicos, vem exigindo transformações na administração pública.

Considerando tais premissas, os pesquisadores foram divididos em grupos, buscando alguma pertinência temática, com vistas à orientação dos debates que seguiram a apresentação dos trabalhos.

Um dos eixos discutiu temas atuais de licitações e contratos, apontando dificuldades, propostas e as perspectivas do instituto.

Os servidores públicos, foram objeto de outro eixo de discussão, onde foram abordados interessantes temas relativos à greve, regime de previdência, processo disciplinar, nepotismo e responsabilidade.

Serviços públicos e parcerias público privadas foram agregados em outro subgrupo, onde foram apresentados interessantes trabalhos, com ênfase em arbitragem, capital privado, administração penitenciária e sustentabilidade.

Por fim, no último eixo, foram tratados palpitantes temas residuais, como corrupção, bens públicos, compromisso e ato administrativo e responsabilidade dos integrantes de conselhos administrativos de paraestatais.

Convictos da qualidade e atualidades dos trabalhos apresentados, fazemos um convite à leitura e reflexão, na expectativa de que cada um dos textos possa influir no aperfeiçoamento do direito administrativo e da gestão pública em nosso país.

Brasília, julho de 2016.

Prof^a Dra. Andressa de Oliveira Lanchotti

Professora das Faculdades Milton Campos-FMC, Minas Gerais e Pesquisadora Associada à Faculdade de Direito da UFMG, Minas Gerais.

Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira

Professor da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP e da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo – FDRP/USP.

PREGÃO: PRÁTICA E QUESTÕES ATUAIS

TRADING: PRACTICE AND CURRENT ISSUES

Juliana Soares Viga

Resumo

Na última década, foram muitas as inovações ocorridas no mundo jurídico, em prol de uma maior transparência e segurança nas contratações realizadas pelo Poder Público. No Direito Público não foi diferente, inúmeras normas foram editadas com o escopo precípua de obstar o crescente número de fraudes ocorridas nas Licitações e nos Contratos Administrativos. O Pregão surgiu, justamente, para dar maior celeridade, segurança e transparências às contratações públicas, sendo, hoje, a modalidade mais utilizada pelos órgãos da Administração. No decorrer deste artigo faremos uma abordagem prática sobre o Pregão, com análise de questões atuais e posições doutrinárias e jurisprudenciais.

Palavras-chave: Modalidade de licitação, Pregão, Questões práticas e atuais

Abstract/Resumen/Résumé

In the last decade, there have been many innovations that have occurred in the legal world, in favor of greater transparency and security in contracts held by the Government. In Public Law was no different, many standards were issued with the ultimate scope to prevent the increasing number of frauds in the Bids and Administrative Contracts. Tradings came precisely to give greater speed, security and transparency to public procurement, and, now, the mode most used by Management. Throughout this article we will take a practical approach to the Trading with analysis of current issues and doctrinal and jurisprudential positions.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Bidding mode, Trading, Practice and current issues

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho traz uma análise da modalidade licitatória denominada Pregão, desde seu surgimento, até sua aplicação nos dias atuais. A pesquisa baseia-se na legislação pátria acerca do tema, na doutrina dominante e em repositórios jurisprudenciais atuais que demonstrem a implementação da respectiva modalidade pela Fazenda Pública.

No Brasil o Pregão teve origem na ANATEL, por meio da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações), que dispôs sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e o funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da EC nº 8, de 1995. A Lei Geral das Telecomunicações trouxe em seu artigo 54, parágrafo único, uma nova modalidade de licitação, o pregão:

Artigo 54. A contratação de obras e serviços de engenharia civil está sujeita ao procedimento das licitações previsto em lei geral para a Administração Pública.

Parágrafo único. Para os casos não previstos no *caput*, a Agência poderá utilizar procedimentos próprios de contratação, nas modalidades de consulta e pregão.

Em função de seu sucesso, a Administração Pública Federal passou a utilizá-lo, sendo, posteriormente, estendido ao âmbito Estadual, Distrital e Municipal.

A Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002 instituiu, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns.

O Pregão surgiu com o fito de dar maior celeridade e transparências nas contratações públicas. Sendo, hoje, a modalidade mais utilizada pelos órgãos da Administração.

No decorrer deste artigo faremos uma abordagem prática sobre o Pregão, com análise de questões atuais e posições doutrinárias e jurisprudenciais.

2. PREGÃO

Pregão é a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública¹.

Como bem leciona o OLIVEIRA (2015)², o sucesso do pregão pode ser justificado pela maior racionalização do procedimento com a inversão das fases de habilitação e de julgamento. O julgamento das propostas apresentadas pelos licitantes antecede à fase de habilitação, permitindo que o Poder Público defina, desde logo, a melhor proposta. Com isso, o Poder Público analisa apenas os documentos de habilitação do licitante classificado em primeiro lugar, afastando-se a necessidade de análise dos documentos dos demais licitantes e diminuindo o número de recursos administrativos.

Dentre as vantagens da utilização do Pregão, em detrimento das demais modalidades, estão a redução do tempo para contratação, a inversão das fases de habilitação e de julgamento, maior transparência e celeridade, maior liberdade para a Administração, inexistência de limite de valor e maior segurança procedimental, dificultando a ocorrência de fraudes.

Insta consignar que toda essa liberdade deve estar acompanhada com responsabilidade, sempre com vistas ao princípio da economicidade.

Como toda mudança traz consigo uma série de críticas, inicialmente o pregão sofreu resistência, sendo alvo das mais diversas censuras, dentre elas, a possibilidade de se ter preços inexequíveis.

Conforme dito alhures, a Lei nº 10.520/02 instituiu a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Porém, tal legislação, foi precedida pela Medida Provisória 2.026 de 04 de maio de 2000, a qual foi reeditada por quase dois anos até a promulgação de referida Lei. Além da referida MP, o Governo também editou a MP 2108, com reedição de 9 a 15, e a MP 2182-18, de 23/08/01.

Como a lei do pregão é uma legislação enxuta, aplicam-se subsidiariamente as normas da Lei nº 8.666/93 e seus princípios, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao edital e julgamento objetivo.

¹ Conceito extraído do artigo 2º da Medida Provisória 2026/00.

² Rafael Carvalho Rezende de Oliveira, Procurador do Município do Rio de Janeiro. Doutor em Direito pela UGF-RJ; Mestre em Direito pela PUC/RJ; Especialista em Direito do Estado pela UERJ. Autor da obra: Licitações e Contratos Administrativos, pela editora GEN/Método.

Além dos princípios contidos na lei de licitações e contratos, o Pregão também trouxe novos, como o da celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, competitividade, justo preço e seletividade.

Analisando o conceito do Pregão, vê-se que o mesmo é bastante vago, uma vez que faz referência a bens e serviços comuns, que o parágrafo único do artigo 1º, definiu como aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Tendo em vista a imprecisão deste conceito, inicialmente ele foi utilizado com bastante restrição, uma vez que tinha como base a relação contida no anexo II do Decreto nº 3.555/00, que posteriormente foi revogada pelo Decreto nº 7.174/10.

Atualmente ele é utilizado para quase tudo, principalmente após a edição do Decreto nº 5.450/05, que em seu artigo 4º, rezou que “nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica”.

Apesar de conter vedações na própria norma – artigo 5º do Decreto nº 3.555/00 e artigo 6º do Decreto nº 5.450/05 – referente a não aplicação da modalidade para contratação de obras e serviços de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral, hoje o TCU vem permitindo sua utilização, sendo matéria, inclusive, sumulada, conforme notícia o Acórdão abaixo transcrito:

REPRESENTAÇÃO. CONCORRÊNCIA. SERVIÇOS COMUNS DE ENGENHARIA. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÕES. 1- a aquisição de bens e serviços comuns, inclusive os de engenharia, deve ser promovida mediante a utilização da modalidade pregão, preferencialmente em sua forma eletrônica; 2- a utilização de outras modalidades licitatórias somente poderá ocorrer quando for comprovada a inviabilidade da utilização do pregão; 3- o aviso do certame licitatório deve descrever de forma clara e precisa o objeto a ser contratado a fim de se garantir o princípio da ampla competição (TCU – ACÓRDÃO 2.314/10 – PLENÁRIO)

Em virtude das reiteradas decisões, no ano de 2010 foi editada a súmula nº 257 do Tribunal de Contas de União, encerrando a matéria em questão, dispondo que “o uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002”:

Súmula n. 257/TCU - O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002.

Quanto à contratação de bens e serviços de informática e automação, regulamentada pelo Decreto nº 7.174, de 12 de maio de 2010, o TCU entende que, sendo o bem ou serviço de informática definido como comum, não haveria o porquê de não se adotar o pregão para a execução da contratação. Nesse sentido, é o Acórdão nº 1.114/06, abaixo transcrito:

Representação. Pregão. Exigência de características técnicas dos produtos compatíveis às necessidades do órgão e sem prejuízo à competitividade do certame. Improcedência. Cuidam os autos da Representação formulada pela empresa Aker Consultoria e Informática Ltda., mediante a qual aponta a existência de possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico n. 123/2005, realizado pelo Tribunal Superior do Trabalho – TST, tendo por objeto o “registro de preços para eventual fornecimento de solução de Cluster de Firewalls para conexão à rede corporativa da Justiça do Trabalho”. Em seu expediente, a empresa alega que as especificações técnicas exigidas pelo TST estariam restringindo o caráter competitivo do certame e que a modalidade utilizada não seria adequada para a aquisição do objeto pretendido, haja vista que o tipo de licitação escolhido pelo órgão deveria ter sido “técnica e preço”, incompatível com a modalidade “pregão”. Concluimos, assim, que as características técnicas dos produtos definidas nas especificações técnicas não são exacerbadas, são satisfatoriamente justificadas, atendem às necessidades atuais e futuras do TST e não causam restrição desnecessária à competitividade no processo licitatório. “Da mesma forma, a modalidade de licitação empregada, pregão eletrônico, é a que trouxe maiores benefícios ao TST, uma vez que permitiu efetivamente a aquisição dos produtos necessários pelo menor preço”. TCU, Acórdão nº 1.114/2006, Plenário, Rel. Min Marcos Bemquerer Costa.

A despeito da desconfiança inicial, na prática o que se viu foi a modernização nos procedimentos de contratação de bens e serviços por parte da Administração Pública, e isto, graças ao Pregão, que fez valer os princípios contidos no artigo 37 da Constituição da República, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e seus correlatos, como o da isonomia.

2.1. DA ESTRUTURA DA ADMINISTRAÇÃO PARA O PREGÃO

Na estrutura da Administração para o Pregão, temos a Autoridade Competente, o Pregoeiro e a equipe de apoio.

Cabe a autoridade competente determinar a abertura da licitação, justificar a necessidade da aquisição, designar o pregoeiro e equipe de apoio, decidir recursos contra atos do Pregoeiro, homologar o resultado e promover a celebração do contrato.

Ao determinar a abertura da licitação e justificar a necessidade da aquisição, a autoridade competente deverá, também, definir o objeto do certame e seu valor, estabelecer os critérios de aceitação das propostas, as exigências de habilitação, as sanções e as cláusulas do contrato. Cabendo a ela, ainda, anular ou revogar o certame.

Dentre as inovações trazidas pelo Pregão, o artigo 3º, IV, da Lei nº 10.520/02, criou a figura do Pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.

Além das atribuições acima, cabe a ele a condução dos lances, recebimento, exame e decisão sobre recursos, encaminhamento do processo para conclusão, além de responder às impugnações ao Edital.

Segundo o parágrafo único do artigo 7º do decreto nº 3.555/00, somente poderá atuar como pregoeiro o servidor que tenha realizado capacitação específica para exercer a atribuição.

Porém, tanto a lei, quanto o decreto, silenciaram a respeito das características desse servidor que atuará como Pregoeiro, cabendo a doutrina descrevê-la.

Segundo o Professor e Consultor de Licitações BOSELLI (2012), o Pregoeiro deverá conhecer bem a modalidade Pregão, ter boa noção da legislação aplicável, ter agilidade, educação e cortesia, capacidade de negociação, firmeza ao decidir, demonstrar seriedade e ser extrovertido.

Quanto as atribuições da equipe de apoio, a lei novamente silenciou, afirmando apenas que esta deverá ser integrada em sua maioria por servidores ocupantes de cargo efetivo ou emprego da administração, preferencialmente pertencentes ao quadro permanente do órgão ou entidade promotora do evento.

Entretanto, apesar de suas atribuições não estarem definidas, é dever da equipe de apoio, inerente a qualquer servidor público, comunicar às autoridades cabíveis qualquer vício, sob pena de responder por omissão, entre outros.

O Pregão é dividido em duas fases, a interna e a externa. Na fase interna deverá ser observado o disposto no artigo 3º da Lei nº 10.520/02. Já na fase externa, a Administração Pública observará o disposto no artigo 4º da referida norma legal.

Ressalte-se que a lei vedou a exigência de garantia de proposta, aquisição do edital pelos licitantes como condição para participação no certame e pagamento de quaisquer taxas e emolumentos.

O TCU, por meio do Acórdão 808/03, orientou que a Administração abstenha-se de estabelecer, para efeito de habilitação dos interessados, exigências que excedam os limites fixados nos artigos 27 a 33 da Lei nº 8.666/93. *Ipsis litteris*:

Representação formulada pelo Tribunal de Contas do Estado da Paraíba. Possíveis irregularidades praticadas pela Secretaria de Estado da Educação e Cultura da Paraíba. Exigência de documentos não previstos em lei para habilitação de licitantes. Detalhamento excessivo do objeto com restrição ao caráter competitivo do certame. Indícios de direcionamento em licitação. Ausência de ato formal de revogação de licitação. Inclusão de bens distintos em um mesmo lote. Conhecimento. Procedência. Determinação. Arquivamento. (TCU – ACÓRDÃO 808/03 – PLENÁRIO)

Quanto à exigência de amostras e protótipos, o TCU já decidiu pela impossibilidade de ser exigida sua apresentação quando da fase de habilitação, devendo a exigência se limitar à fase de classificação das propostas e desde que devidamente disciplinada, de forma detalhada, no instrumento convocatório (TCU – Decisão nº 85/02 – Plenário).

Ainda com relação ao pedido de amostras e protótipos é a decisão abaixo colacionada:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Representação formulada pela empresa Microsol Tecnologia S/A, noticiando possíveis irregularidades ocorridas no pregão eletrônico n.º 2011/15199 (7421), realizado pelo Centro de Serviços de Logística do Banco do Brasil em São Paulo - CSL/SP. ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, e com fundamento no art. 1º, inciso II, da Lei nº 8.443/1992, e no art. 1º, inciso XXVI, c/c o art. 237, inciso VII e parágrafo único, do Regimento Interno/TCU, em: conhecer da presente representação, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente, revogando, em consequência, a medida cautelar adotada em 3/4/2012 (peça 7), de forma a permitir que o Centro de Serviços de Logística do Banco do Brasil em São Paulo dê continuidade ao pregão eletrônico 2011/15199 (7421); determinar ao Centro de Serviços de Logística de São Paulo (CSL/SP) do Banco do Brasil que, doravante, ao exigir a apresentação de amostras, protótipos ou laudos técnicos, permita a presença dos licitantes nos testes a serem realizados, em homenagem ao princípio da publicidade; encaminhar cópia da presente deliberação, bem como do relatório e voto que a fundamentam, ao Centro de Serviços de Logística

do Banco do Brasil em São Paulo (CSL/SP) e às interessadas. (ACÓRDÃO Nº 938/13 – PLENÁRIO).

Segundo nos ensina o Professor ALEXANDRINO (2008), em regra, as licitações que visam à contratação de obras, serviços, compras, locações e fornecimento adotarão como o critério de julgamento do tipo “menor preço”, sendo os tipos “melhor técnica” e “técnica e preço” utilizados somente para serviços predominantemente intelectuais.

A própria Lei nº 10.520/02, em seu artigo 4º, inciso X, acima transcrito, dispõe sobre o critério a ser adotado na modalidade Pregão.

Quanto ao critério de reajuste a ser utilizado nos contratos administrativos, a Lei que instituiu o Pregão foi silente, devendo ser utilizado o artigo 40, XI da Lei nº 8.666/93, e sua previsão constar no Edital.

Neste sentido também é a orientação do TCU, que por meio do Acórdão 1707/03, firmou entendimento de que o órgão responsável pela licitação estabeleça, já a partir dos Editais de Licitação e em seus Contratos, de forma clara, se a periodicidade dos reajustes terá como base a data limite para apresentação da proposta ou da data do orçamento, devendo ser observado se for adotada a data limite para apresentação da proposta, o reajuste aplicável a partir do mesmo dia e mês do ano seguinte.

Tendo em vista que as características da modalidade Pregão dificultaram a ocorrência de fraudes no certame, as demais fases da aquisição passaram a ter maior importância, como é o caso do recebimento do objeto, onde suas condições deverão estar claramente estabelecidas no Edital.

Outro ponto importante e que deverá constar tanto no edital, quanto no contrato, é a cláusula das penalidades, prevista no artigo 7º da Lei nº 10.520/02.

O Edital deverá dispor, também, qual a penalidade a ser aplicada para cada uma das infrações acima. Devendo prever a ampla defesa e o contraditório aos licitantes.

A seguir será analisado cada uma das modalidades de Pregão, suas peculiaridades e legislação atual.

2.2. DO PREGÃO PRESENCIAL

O pregão comum, também chamado presencial, é regulamentado pelo Decreto 3.555/00, sendo aquele em que a licitante entrega pessoalmente sua proposta e, por meio de lances verbais, reduz o valor original, conforme um procedimento determinado.

Quanto à presença da licitante, esta, apesar de prevista no artigo 4º, incisos VI e VII da Lei nº 10.520/02, vem sendo mitigada, uma vez que, na prática, muitos pregoeiros têm recebido os envelopes pelo correio, ficando o licitante apenas impossibilitado de participar da fase de lances. Porém, cabe ressaltar, que o edital deverá definir a forma de entrega dos envelopes.

Importante destacar que, na prática, é recomendável o Pregoeiro, ao iniciar a sessão, explicar o procedimento do Pregão, dispondo sobre a responsabilidade dos lances verbais, as penalidades existentes quando não se mantém a proposta, as punições existentes pela falta de documentos e pelo descumprimento contratual. Isto tudo, à guisa de afastar possíveis aventureiros presentes na sessão.

Como bem explanado no item anterior, o certame segue uma ordem cronológica, iniciando pelo credenciamento dos participantes, encerrando formalmente essa fase, passando para o recebimento da declaração, dando ciência de que cumpre plenamente os requisitos de habilitação, que deverá estar do lado de fora do envelope. E por fim, o recebimento dos envelopes.

Aqui, há uma inversão no procedimento, devendo, primeiramente, ser aberto o envelope “Proposta de Preços”. O envelope “Documentos de Habilitação” somente será aberto se o licitante for o vencedor.

Após a abertura do envelope haverá a verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório.

O STF se pronunciou sobre o tema por meio do MS nº 23.714-1, de 05/09/2000, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, abaixo transcrito:

“(…) Desta forma, se a irregularidade praticada pela licitante a ela não trouxe vantagem, nem implicou desvantagem para as demais participantes, não resultando assim, ofensa à igualdade; se o vício apontado não interfere no julgamento objetivo da proposta, e se não se vislumbra ofensa aos demais princípios exigíveis na atuação da Administração pública, correta é a adjudicação do objeto da licitação à licitante que ofereceu a proposta mais vantajosa, em prestígio do interesse público, escopo da atividade administrativa.” (STF – RO em MS n. 23.714-1, de 05/09/2000 – Min Sepúlveda Pertence).

Vale a lembrança que apenas são selecionadas as propostas até 10% acima da proposta de menor preço. E, em não havendo 3 propostas na faixa dos 10%, selecionam-se três, se houver, quaisquer sejam os preços.

Com o passar do tempo, o Tribunal de Contas da União identificou algumas falhas no sistema do Pregão Presencial, chegando, inclusive, a recomendar à Casa Civil da Presidência da República e ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que avaliem a conveniência de revisar o Decreto 3.555/2000, regulamentador do Pregão Presencial, especialmente quanto à regra do art. 11, VIII, no sentido de permitir a oferta de lances inferiores ao último lance registrado pela mesma licitante, ainda que esse valor seja superior a outros lances já registrados, de forma a compatibilizar-se com a regra do Pregão eletrônico, prevista no artigo 24, § 3º, do Decreto 5.450/05.

Há de ser observado que poderá estar predeterminado no Edital em redutor mínimo para o lance.

Ultrapassada a fase de lances, o Pregoeiro analisará a melhor proposta. Nesta etapa ele analisa se o preço é inexequível e a existência de *dumping*, que consiste numa prática comercial em que uma ou mais empresas de um país venderem seus produtos, mercadorias ou serviços por preços extraordinariamente abaixo de seu valor justo para outro país, por um tempo, visando prejudicar e eliminar os fabricantes de produtos similares concorrentes no local, passando então a dominar o mercado e impondo preços altos. É um termo muito usado em comércio internacional e é reprimido pelos governos nacionais, quando comprovado.

Tendo em vista as reiteradas decisões, o TCU sumulou o assunto através da Súmula nº 262/2010, na qual afirma que “o critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 8.666/93 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta”.

Comprovada a inexequibilidade da proposta, o Pregoeiro analisará a próxima proposta de menor preço e assim sucessivamente até chegar a uma proposta admissível. Insta frisar que o licitante convocado não precisa manter o preço da primeira.

Escolhido o vencedor, segundo CARVALHO FILHO (2009, p.298), o pregoeiro pode negociar diretamente com ele no sentido de ser obtido preço ainda melhor. A negociabilidade é viável, no caso de não ser aceitável a proposta, conferindo significativo poder de atuação ao pregoeiro, que deve sempre voltar-se para o interesse administrativo, o qual inspira o Pregão.

Quando todas as propostas são desclassificadas a licitação é considerada fracassada.

Somente após a declaração da proposta vencedora é que ocorre a habilitação, neste momento o que se busca é a contratação mais econômica possível, portanto, deve-se ter o menor formalismo possível, ou seja, a empresa poderá deixar de apresentar o que já está no cadastro, poderá apresentar documentos em data posterior, desde que previsto no Edital.

Caberá ao pregoeiro, ainda, negociar diretamente com o proponente para que seja obtido preço melhor. Antes mesmo de adjudicar e homologar o resultado da licitação, deve ser verificado se o preço ofertado está de acordo com o valor de mercado. Neste momento, sendo o valor maior que o de mercado, deverá o Pregoeiro cancelar a licitação. Caso contrário, deverá elaborar a ata e encaminhar o processo à autoridade superior, para homologação e elaboração do contrato.

2.3.DO PREGÃO ELETRÔNICO

O Pregão Eletrônico é a modalidade de licitação que visa à aquisição de bens e serviços comuns por meio da Tecnologia da Informação, ou seja, por meio da comunicação via internet.

O Decreto nº 5.504, de 5 de agosto de 2005, regula o Pregão Eletrônico na Administração Pública Federal, devendo cada Estado e Município regulamentá-la.

Esse procedimento segue as mesmas regras do Pregão Comum, ou Presencial, sem a presença física do Pregoeiro e dos licitantes.

Dentre as vantagens em se utilizar o Pregão Eletrônico estão a redução do custo para o licitante e para administração, maior participação, segurança, transparência e redução da possibilidade de erros.

O dito Decreto estabeleceu a exigência de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios públicos.

Na publicação de aviso do Pregão Eletrônico, deverá constar o endereço eletrônico onde ocorrerá a sessão pública, a data e a hora de sua realização, com a indicação de que o pregão será realizado por meio de sistema eletrônico.

Ressalte-se que todas as referências de tempo no Edital, no aviso e durante a sessão pública observarão o Horário de Brasília.

Para realização do certame, deverão ser previamente cadastrados no provedor, a autoridade superior, o pregoeiro, a equipe de apoio e os licitantes.

Todas as propostas, lances e intenções de recursos deverão ser encaminhados eletronicamente.

Diferentemente do Pregão Presencial, inexistente o limite de 10% ou de 3 licitantes. Outra peculiaridade do eletrônico é que somente a licitante que está com o menor lance sabe que está vencendo o certame.

Como a sessão é pública, qualquer interessado poderá acompanhar o pregão, ver os lances e demais atos ocorridos no certame.

Ainda hoje o encerramento do certame se dá de forma aleatória, o próprio sistema encaminha aviso de fechamento iminente dos lances, podendo ocorrer automaticamente a qualquer tempo em até 30 minutos.

Esse atual sistema ainda é falho, sendo a regra da SABESP, a que melhor atende aos anseios da boa Administração. Segundo essa regra, denominada de Regra da Progressão Sucessiva, a etapa de lances é prorrogada por 3 minutos sempre que houver um lance, ou seja, a etapa só termina depois que todas os licitantes pararem de reduzir seus preços.

Aqui também, após o encerramento, o Pregoeiro verificará o valor final da proposta em relação ao valor estimado. Em ato contínuo ele irá negociar com o licitante que possui a menor proposta. E após a comprovação da habilitação o licitante será considerada vencedora.

A manifestação de recurso é feita exclusivamente pelo sistema eletrônico.

No caso de desconexão, se por problemas técnicos, o pregoeiro for desconectado, os lances continuam normalmente e se dentro do prazo de 30 minutos ele não retornar à sessão, os trabalhos serão suspensos, automaticamente, pelo sistema e o pregão será remarcado para outra data.

Caso um dos licitantes seja desconectado por problemas técnicos no seu computador, a sessão do pregão continuará normalmente com prejuízo apenas para este licitante. Sendo incabível recurso nessa situação.

Todos os atos essenciais ao pregão eletrônico serão impressos e instruirão o processo administrativo. O qual deverá conter os mesmos documentos exigidos no pregão presencial, quais sejam, justificativa da contratação, termo de referência, planilha de custo, reserva orçamentária, autorização de abertura da licitação, designação do pregoeiro e sua equipe, parecer jurídico, edital, minuta do termo de contrato, propostas escritas e habilitação, ata da sessão do pregão e publicação do edital, do resultado e do contrato.

Apesar de ser considerada a mais segura dentre as modalidades de licitação, o Pregão eletrônico ainda possui uma fragilidade. Imaginemos o seguinte caso hipotético: determinado órgão público resolve adquirir computadores, estando disposto a pagar no máximo R\$ 20 milhões. Os competidores, lance a lance, fazem as suas ofertas: R\$ 19.999.999,00 um, outro R\$ 19.999.998,00, e assim por diante. Lances com valores muito próximos uns dos outros. De repente, um dos competidores faz um lance bem abaixo e ninguém o acompanha. O pregoeiro, então, declara-o vencedor e envia o resultado para a comissão de licitação. A comissão examina a documentação do vencedor que, por um motivo qualquer de anormalidade, é desclassificado. Em seguida, faz o que a lei lhe permite: declara vencedor quem ficou em segundo lugar, desconhecendo, neste caso, que este poderia ser cúmplice daquele que deu o lance bem inferior aos demais.

No caso acima citado, a utilização da regra da SABESP poderia reduzir a ocorrência de fraudes na modalidade em estudo.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Temos acompanhado, com o passar dos anos, a rapidez das transformações trazidas pelo desenvolvimento de novas tecnologias, as quais afetam todos os setores da economia.

Com a Administração Pública não foi diferente, o Estado precisava encontrar um procedimento para aquisição de bens e serviços que pudesse acompanhar esse dinamismo atual.

A modalidade de Pregão, apesar de um início tímido, se mostrou capaz de atender as expectativas do Poder Público. Por ser um procedimento célere e transparente, ele é responsável pela ampliação das oportunidades de participação, pelo aumento da competitividade entre os licitantes e pela redução do custo da Administração.

Ao simplificar o procedimento licitatório, desde o credenciamento até a homologação e a assinatura e publicação do contrato, o Pregão permitiu maior celeridade e dificultou a ocorrência de inúmeras fraudes, dentre elas o *dumping*.

Por derradeiro, o que se viu na prática foi a modernização nos procedimentos de contratação de bens e serviços por parte da Administração Pública, e isto, graças ao Pregão, que fez valer os princípios contidos no artigo 37 da Constituição da República, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e seus correlatos, como o da isonomia e razoabilidade.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19ª ed. São Paulo. Método, 2011;
- BOSELLI, Felipe e Paulo. **Legislação de Licitações para Obras e Serviços de Engenharia**. 2ª ed. São Paulo. Caput. 2012.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 05 de outubro de 1988.
- _____. **Lei nº 8.666**, de 21 de julho de 1993. Institui normas para licitação e contratos da Administração Pública. Diário Oficial da União, Brasília, 22 de junho de 1993.
- _____. **Lei nº 9.472**, de 16 de julho de 1997 (LGT). Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações. Diário Oficial da União, Brasília, 17 de julho de 1997.
- _____. **Lei nº 10.520**, de 17 de julho de 2002. Institui modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Diário Oficial da União, Brasília, 18 de julho de 2002.
- _____. **Decreto nº 3.555**, de 08 de agosto de 2000. Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Diário Oficial da União, Brasília, 09 de agosto de 2000.
- _____. **Decreto nº 5.504**, de 05 de agosto de 2005. Estabelece a exigência de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica. Diário Oficial da União, Brasília, 08 de agosto de 2005.
- _____. **Decreto nº 5.550**, de 31 de maio de 2005. Regulamenta o Pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e serviços comuns. Diário Oficial da União, Brasília, 1º de junho de 2005.
- _____. **Medida Provisória 2026**, de 4 de maio de 2000. Institui, no âmbito da União modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Diário Oficial da União, Brasília, 05 de maio de 2000;
- _____. **Medida Provisória 2108-9**, de 27 de dezembro de 2000. Institui, no âmbito da União modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Diário Oficial da União, Brasília, 28 de dezembro de 2000.
- _____. **Medida Provisória 2182-18**, de 23 de agosto de 2001. Institui, no âmbito da União modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Diário Oficial da União, Brasília, 24 de agosto de 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21ª ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico**, 6ª ed. São Paulo. Dialética. 2013, p. 19.

JORNAL CARTA FORENSE. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/atualidades-sobre-licitacoes/8714>

Acesso em: 25 mar 2016;

MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**, 36ª ed. São Paulo. Malheiros 2010, p. 102.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos – Teoria e Prática**. 5ª ed. São Paulo. Gen Método. 2015;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: http://www1.dnit.gov.br/anexo/Recurso/Recurso_edital0175_09-00_1.pdf Acesso em 26 mar 2016.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/626-gestao-planejamento-e-pesquisa/controle-interno/sumulas/18323-sumula-257-tcu>>. Acesso em: 26 mar 2016;

_____. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;plenario:acordao:2010-09-08;2314>> Acesso em: 26 mar 2016;

_____. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:alC4IpzdkWcJ:www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%255CAcord%255C20060711%255CTC-002-528-2006-7.doc+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>> Acesso em: 26 mar 2016;

_____. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;plenario:acordao:2003-07-02;808>>Acórdão TCU 808/2003 Acesso em: 26 mar 2016;

_____. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;plenario:acordao:2013-04-17;938>>Acórdão TCU 938/2013 Acesso em: 26 mar 2016;

_____. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;plenario:acordao:2003-11-12;1707>>Acórdão TCU 1707/2003 Acesso em: 26 mar 2016;

_____. Disponível em: <https://licitabrasil.wordpress.com/2014/09/20/sumula-tcu-262/>
Acesso em: 26 mar 2016;