

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

PAULO DE FARIAS PORTELA JUNIOR

**O IMPACTO DO PREGÃO ELETRÔNICO NA GESTÃO DE RECURSOS DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO**

São Luís

2018

PAULO DE FARIAS PORTELA JUNIOR

**O IMPACTO DO PREGÃO ELETRÔNICO NA GESTÃO DE RECURSOS DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Alexsandro Rahbani Aragão Feijó.

São Luís

2018

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

de Farias Portela Junior, Paulo.

O Impacto do Pregão Eletrônico na Gestão de Recursos do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão / Paulo de Farias Portela Junior. - 2018.

68 f.

Orientador(a): Aleksandro Rahbani Aragão Feijó.

Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2018.

1. Compras Públicas. 2. Licitação. 3. Pregão Eletrônico. I. Rahbani Aragão Feijó, Aleksandro. II. Título.

PAULO DE FARIAS PORTELA JUNIOR

**O IMPACTO DO PREGÃO ELETRÔNICO NA GESTÃO DE RECURSOS DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em / /

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Alexsandro Rahbani Aragão Feijó (Orientador)

Examinador 1

Examinador 2

Aos meus amados avôs José Alves Portela e
Pedro Osório Maciel (*in memoriam*).

AGRADECIMENTOS

À Deus, por tudo o que sou, pela graça imerecida e pela misericórdia que me alcança em todos os meus trôpegos passos.

Aos meus pais, Paulo e Antonia, a quem eu devo tudo o que construí e eventualmente construirei e em quem me espelho todos os dias. Agradeço por todo amor, carinho, confiança, tempo e orações dedicados a mim. Tenho orgulho de ser filho de vocês.

Às minhas irmãs, Pollyana e Priscylla, por todo apoio e compreensão.

Aos meus familiares, pelo suporte e por sempre torcerem por minhas vitórias.

Aos amigos que sempre acompanham as minhas lutas, me dando ombro amigo sempre que necessito. Em especial, ressalto os da Casa do Senhor e os da Igreja Presbiteriana de Vinhais.

À turma 122 de Direito da Universidade Federal do Maranhão, por ter me acolhido e por ter me ajudado a tornar essa caminhada mais aprazível.

Ao corpo docente e aos servidores técnico-administrativos do Curso de Direito, pelo conhecimento acrescentado e pela disponibilidade em ajudar.

Ao meu orientador, professor Alexsandro Rahbani, pelas valiosas orientações e ensinamentos.

Aos servidores da Coordenadoria de Licitações do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, pela prestatividade e colaboração.

À todos da 12ª Vara Cível da Comarca da Ilha de São Luís, pelo companheirismo diário e pelos inúmeros aprendizados que tenho com vocês. Em especial, agradeço aos juízes Sebastião Joaquim Lima Bonfim e Hélio de Araújo Carvalho Filho, pelo constante suporte e incentivo aos estudos.

“Ninguém pode entrar duas vezes no mesmo rio, pois quando nele se entra novamente, não se encontra as mesmas águas, e o próprio ser já se modificou. Assim, tudo é regido pela dialética, a tensão e o revezamento dos opostos. Portanto, o real é sempre fruto da mudança, ou seja, do combate entre os contrários.”

(Heráclito)

RESUMO

Esta monografia busca analisar o processo licitatório na modalidade pregão eletrônico, realizado no âmbito do Tribunal de Justiça do Maranhão. Destaca-se as características, vantagens e desvantagens deste procedimento licitatório e o posiciona dentre as demais modalidades de aquisição previstas na legislação. Para tanto, se fizeram necessárias a realização de pesquisas bibliográficas, de visitas à Coordenadoria de Licitações e Contratos da instituição, bem como a análise dos dados públicos disponibilizados nos sítios Compras Governamentais e ComprasNet. Com os levantamentos práticos realizados, em consonância com os materiais jurisprudenciais e doutrinários utilizados, constatou-se significativas vantagens na adoção do pregão em sua forma eletrônica, quais sejam: redução de tempo no procedimento de compra, aumento da concorrência e substancial economia financeira ao erário quando comparado os valores estimados e adjudicados. Com a observância de tal cenário, recomenda-se a ampliação da utilização desta modalidade, bem como o fornecimento de treinamentos e suporte contínuos à equipe responsável pela sua condução.

Palavras-Chave: Licitação. Compras públicas. Pregão eletrônico. Tribunal de Justiça do Maranhão.

ABSTRACT

This monograph seeks to analyze the electronic procurement in Maranhão Court. It is highlighted their characteristics, benefits and disadvantages, situating within the other types of purchases. Therefore, it was required to accomplishment of literature searches, visits to the Bidding and Contract Coordination of Maranhão Court and analysis of public data available on the websites Government Procurement and ComprasNet. With the practical surveys carried out, in accordance with the doctrinal material used, it was found significant advantages in the adopting of trading in its electronic form, namely: reduction of time in the purchase procedure, increased competition and substantial financial savings to the exchequer when compared the estimated values and effectively spent. In compliance with the circumstances, it is recommended extending the use of this modality, as well as providing ongoing support to the team leading this work.

Keywords: Bidding Process. Public Purchases. Electronic Procurement. Maranhão Court.

SUMÁRIO

1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	9
2	UMA VISÃO GERAL SOBRE AS LICITAÇÕES PÚBLICAS.....	11
2.1	Conceito.....	11
2.2	Aspectos históricos	14
2.3	Aspectos principiológicos das licitações.....	17
3	O PREGÃO ELETRÔNICO.....	24
3.1	Conceitos e características.....	25
3.2	Aspectos principiológicos aplicados ao pregão eletrônico.....	30
3.3	Relação entre o pregão eletrônico e o pregão presencial.....	32
3.4	Estrutura procedimental.....	34
3.4.1	Fase interna.....	36
3.4.2	O edital do pregão.....	38
3.4.3	Fase externa.....	41
4	O PREGÃO ELETRÔNICO NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO.....	48
4.1	Metodologia da coleta de dados.....	49
4.2	Análise de dados.....	50
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	62
	REFERÊNCIAS.....	64

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Pretende-se, com a presente monografia, analisar – à luz de um abrangente arcabouço doutrinário e da legislação vigente – os últimos procedimentos licitatórios realizados pelo Tribunal de Justiça do Maranhão, com o objetivo geral de verificar se a utilização do pregão eletrônico resultou em maior eficiência e economicidade no processo, pontuando os avanços obtidos e as vantagens e desvantagens desta modalidade.

Os recursos orçamentário-financeiros de uma organização, seja pública ou privada, são escassos e, por esta razão, todos os processos por ela realizados, inclusive o procedimento licitatório, revestem-se de custos, que precisam ser minorados o tanto quanto possível, atendendo a demanda de forma satisfatória, sem dispensar a observância dos princípios fundamentais da administração pública.

O atual contexto econômico e a realidade dos órgãos públicos brasileiros reforçam esse cenário de restrições, onde os haveres encontram-se ainda mais limitados e urge a real necessidade de se racionalizar o uso do dinheiro público, adotando processos cada vez mais eficientes.

Diante disto, as licitações representam um ponto fundamental a ser estudado em qualquer instituição que dela se utiliza, posto que dizem respeito à gestão de recursos financeiros e orçamentários das mesmas, que por sua vez encontra-se diretamente ligada à necessária economicidade e aos importantes princípios da administração pública já mencionados.

Lidar com recursos é lidar com a força motriz material de uma instituição. Nesse sentido, nota-se a peculiar importância da realização de pesquisas voltadas a estes processos. Discutir a eficácia da gestão de recursos no TJMA é algo que extrapola a sua esfera interna e repercute diretamente em muitos outros processos coligados, o que acaba por alcançar toda a sociedade através de uma boa e eficaz prestação jurisdicional.

Nesse ínterim, considerando as recentes alterações nos processos de compras do órgão em estudo, fica clara a necessidade de se levantar dados e estudar os procedimentos já realizados, de forma que seja observado se existe correspondência entre a teoria do pregão eletrônico, disposta na legislação e na doutrina, e a prática realizada pela Coordenadoria de Licitações do já referido Tribunal.

Com efeito, por hipótese, tem-se que a utilização do pregão eletrônico enquanto modalidade licitatória majoritária executada pelo Tribunal de Justiça possibilita: ganho de tempo, vez que o processo se realiza em ambiente virtual, com menos entraves burocráticos que as modalidades tradicionais; ampliação da concorrência, pois a ausência de barreiras físicas permite a participação de mais empresas a cada licitação, o que acaba por elevar a qualidade dos produtos oferecidos e maior transparência e rapidez nos processos, haja vista que os dados ficam disponibilizados em sítios públicos e as próprias características de utilização da internet fazem com que tudo tramite de forma mais célere.

Em caráter de hipótese secundária, se aduz que a modernização dos equipamentos e a constante capacitação das equipes que realizam as compras corporativas na instituição tendem a viabilizar um processo licitatório mais eficaz no âmbito do Tribunal de Justiça do Maranhão.

Assim sendo, no primeiro capítulo desta monografia busca-se apresentar uma visão geral sobre as licitações públicas, trazendo o seu conceito, as suas características, mencionando as suas modalidades, de modo que o pregão eletrônico seja situado dentro do Direito Administrativo e da legislação brasileira.

Em seguida, expõe-se conceitos e discute-se alguns dos princípios fundamentais da Administração Pública à luz da Constituição de 1988 e da Lei nº 8.666/1993, sobretudo o da eficiência e o da legalidade. Com isso, demonstra-se o forte embasamento do procedimento licitatório estudado e a sua relação direta com a observância dos referidos princípios constitucionais.

No segundo capítulo, estreitando o objeto central desta pesquisa, importa conceituar, caracterizar e discorrer sobre o funcionamento do pregão e do pregão eletrônico como procedimento licitatório para aquisição de bens e serviços comuns, posto que fundamental para que se compreenda o processo dentro do Tribunal de Justiça do Maranhão.

No derradeiro capítulo, descreve-se o cenário das licitações no âmbito do Tribunal de Justiça do Maranhão, analisando algumas ações realizadas e tecendo considerações sobre as mesmas. Além disso, compara-se os resultados obtidos na execução das licitações com o conteúdo teórico contido na doutrina e na legislação, a fim de averiguar o produto prático alcançado com a adoção do pregão eletrônico. Por fim, sugere-se aprimoramentos no processo para a implementação e para a manutenção de boas práticas, contribuindo para uma melhor gestão de recursos do Egrégio Tribunal de Justiça do nosso Estado.

2 UMA VISÃO GERAL SOBRE AS LICITAÇÕES PÚBLICAS

A ampla liberdade que um particular detém para adquirir, alienar, locar bens e contratar obras e serviços não encontra correspondência quando se trata do setor público. Para que um contrato administrativo seja firmado com um ente estatal é necessária a adoção de um procedimento rigorosamente disciplinado e pré-estabelecido, qual seja a licitação prévia, sendo esta dispensável ou inexigível apenas em casos especificamente expressos em lei. A licitação, desta feita, precede o contrato administrativo.

Há de se falar, no entanto, conforme aduz Meirelles (2006), que este procedimento não vincula o ente público a contratar. Ou seja, o licitado vencedor não tem direito líquido e certo ao contrato, mas apenas uma expectativa de direito. De outro lado, embora não fique a Administração obrigada a celebrar o contrato, se assim o fizer, necessariamente deverá fazê-lo com o proponente vitorioso no procedimento.

Pautado em uma visão sistemática da atualidade, Mello (2013) alude que as licitações visam alcançar um triplo objetivo¹, sendo eles: 1) Proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso; 2) Assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que os entes governamentais pretendem realizar com os particulares e; 3) Concorrer para a promoção do desenvolvimento sustentável.

Para o autor, somente com o alcance desses objetivos é possível atender as exigências de proteção aos interesses públicos e aos recursos governamentais, elencadas na Constituição da República.

2.1 Conceito

A licitação pode ser descrita como um procedimento administrativo, caracterizado por uma sucessão de fases e atos, através da qual o ente público, exercendo a sua função administrativa, oportuniza aos interessados que se sujeitem às condições impostas a chance de formularem propostas, dentre as quais se escolherá a mais conveniente ao interesse público, tudo feito com estrita observância ao princípio constitucional da isonomia. (DI PIETRO, 2016).

¹ Tais objetivos encontram-se dispostos na Lei nº 8.666/1993, que tem fulcro no estabelecimento de normas gerais de licitação e contratos para todo o país.

O foco principal deste procedimento é a fixação de parâmetros objetivos aplicáveis, com o intuito de formalizar o processo, o revestindo de transparência e de legalidade, evitando assim que os contratos públicos sejam firmados levando em consideração os gostos e os interesses pessoais do agente público responsável.

Pontuando os objetivos da licitação, Carvalho Filho a define da seguinte forma:

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. (CARVALHO FILHO, 2010, p. 256).

Justen Filho (2015), por sua vez, ressalta a formalidade do procedimento e a sua realização sob o regime de Direito Público², ao passo que o clássico ensino de Meirelles (2006), complementando os conceitos já trazidos, destaca os princípios constitucionais da eficiência e da moralidade³, que devem ser observados nos procedimentos administrativos.

Adentrando aos pontos de convergência trazidos em todos os conceitos acima mencionados, fala-se inicialmente na licitação enquanto procedimento administrativo. Isso se dá pela existência integrada de atos administrativos, que quando dispostos e encadeados de forma lógica configurarão um procedimento, que contribuirá para formação da vontade contratual entre as partes interessadas.

No que compete à administração, tem-se: o edital ou o convite, o recebimento das propostas, a habilitação, a classificação, a adjudicação, o julgamento de recursos, a revogação, a anulação, entre outros atos desta natureza. Quanto aos licitantes, a estes incumbem: a retirada do edital, a proposta, eventual desistência, apresentação de recursos, impugnações e prestações de garantias.

Dos conceitos expostos extrai-se, ainda, a sujeição dos licitantes às normas explicitadas no instrumento convocatório do procedimento. Uma vez que atendam aos

² Marçal Justen Filho, em conceito extraído da sua obra “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, cuja referência completa encontra-se ao final deste trabalho, entende por licitação: “Um procedimento administrativo formal, realizado sob regime de direito público, prévio a uma contratação, pelo qual a Administração seleciona com quem contratar e define as condições de direito e de fato que regularão essa relação jurídica.”

³ Hely Lopes Meirelles, na obra “Direito Administrativo Brasileiro”, cuja referência completa encontra-se ao final deste trabalho, assim conceitua licitação: “É o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.”

requisitos exigidos pelo ente público, a todos os interessados é aberta a possibilidade de apresentação de propostas. Tal sujeição deve-se ao fato de que é o edital que dita as regras que devem ser observadas naquela licitação específica, sendo considerado “a lei interna da licitação”⁴.

Lançado o edital e com o processo em andamento, as partes se vinculam ao que ali está discriminado, não podendo a administração alterar as condições previamente exigidas, nem os interessados apresentarem propostas que estejam em desacordo com o ato de convocação, sob risco de incorrer nas penalidades previstas, tais como a desclassificação ou a inabilitação.

Em que pese a abertura trazida pela licitação, de que todos os interessados que preencham os requisitos tenham a liberdade de participar do processo, a escolha do licitante sujeita-se ao princípio autonomia de vontade. Ou seja, o contrato é celebrado quando uma parte aceita a proposta apresentada pela outra. A administração selecionará, dentre as propostas aptas, a que for mais conveniente para a preservação do interesse público. (MEIRELLES, 2006).

Outro ponto comum trazido à baila versa sobre o exercício da função administrativa por parte do ente público. Sobre o assunto, assim expõe Di Pietro (2016, p. 411): “A expressão ‘ente público no exercício da função administrativa’ justifica-se pelo fato de que mesmo as entidades privadas que estejam no exercício de função pública, ainda que tenham personalidade jurídica de direito privado, submetem-se à licitação.”.

A autora também assinala que mesmo as entidades da Administração Indireta, com personalidade de direito privado, tais quais as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações, sujeitam-se aos dispositivos constitucionais que versam sobre a licitação⁵. Por terem o regime de direito comum parcialmente derogado por normas do direito público, estas costumeiramente são enquadradas como entidades públicas de direito privado.

⁴ Expressão adotada por Hely Lopes Meirelles na sua clássica obra “Direito Administrativo Brasileiro”, cuja referência completa encontra-se ao final deste trabalho.

⁵ Arts. 22, XXVII, e 37, *caput*, combinado com inciso XXI, e com art. 173, § 1º, III, da CF/88.

2.2 Aspectos históricos

Para entender como o processo licitatório tomou a forma conhecida na atualidade, necessário é percorrer, ainda que brevemente, por alguns pontos da sua história e pelas modificações sofridas pelo mesmo ao longo do tempo.

Os relatos históricos dão conta do seu surgimento na Europa Medieval, onde o Estado tornava pública a sua necessidade de adquirir algum bem ou serviço, com o intuito de que os interessados comparecessem no dia e hora marcados para apresentarem as suas propostas em resposta à solicitação realizada. (MEIRELLES, 2006).

Nesse período da história, o cenário da Administração Pública era totalmente patrimonialista, estando concentrado no monarca todo o poder decisório no âmbito político-administrativo. Uma vez que o foco da gestão era o fortalecimento do clero e da nobreza, todas as decisões tomadas eram contaminadas por este intento, o que fatalmente incluía os incipientes procedimentos de aquisição de bens e serviços. Sem a existência de um processo transparente, com regras objetivas e claras sobre a habilitação e escolha dos participantes, a corrupção, o empreguismo e o nepotismo ficavam à espreita, aguardando a oportunidade para entrarem em cena.

Um novo modelo administrativo, que buscava combater frontalmente o desvirtuamento do processo licitatório de então, veio por volta do século XIX, com o Estado Liberal. A progressiva substituição da administração patriarcal, através da implantação da hierarquia funcional, da centralização de decisões e do formalismo nos trâmites administrativos impactou fortemente na forma de licitar, aperfeiçoando as suas regras, as deixando em conformidade com as novas exigências da época.

Em que pesem os relevantes avanços na licitação durante a vigência do modelo liberal, foi somente com a adoção do modelo de administração gerencial que aquela adquiriu contornos similares aos encontrados atualmente. Com as medidas adotadas nesta nova fase, eliminou-se as brechas e os vícios que causavam entraves no procedimento, o deixando mais fluido e eficiente.

Noutro giro, adentrando ao cenário do processo licitatório brasileiro, o início da regulamentação das compras no setor público remonta a 1862, quando foi editado o Decreto nº 2.926, a cargo do então Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. A partir deste ponto, o referido decreto foi complementado e aperfeiçoado por diversas outras leis,

começando a tomar forma dentro da esfera federal a partir de 1922, com a entrada em vigor do Decreto nº 4.536, que buscou organizar o Código de Contabilidade da União.

A legislação esparsa e carente de consolidação e de robustez perdurou durante muitas décadas, até que em 1962, com a sistematização do Decreto-Lei nº 200, foram estabelecidas as diretrizes para a reforma administrativa no âmbito federal, sendo tal reforma estendida aos estados e municípios através da Lei nº 5.456/1968. No entanto, importa pontuar, nem mesmo a Constituição de 1967 definiu a competência para legislar sobre licitação, o que gerou forte divergência doutrinária à época. (DI PIETRO, 2016).

O processo licitatório ganhou notoriedade com a edição do Decreto-Lei nº 2.300/1986, que dispôs sobre licitações e contratos da Administração Federal. Posteriormente, em 1987, este foi atualizado pelos Decretos-Lei nº 2.348 e nº 2.360, sendo instituído o Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, com a reunião de normas gerais e específicas. (DI PIETRO, 2016).

Somente com a promulgação da Carta Magna de 1988, a licitação ganha uma sólida fundamentação, sendo apresentada como um procedimento obrigatório antecedente às contratações públicas, ressalvados os casos expressamente contidos em lei. Tal Constituição também previu a competência para legislar sobre as normas gerais aplicáveis ao procedimento, trazendo estabilidade aos entendimentos doutrinários.

Posteriormente, em obediência ao artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, a União legisla sobre o assunto e edita a Lei nº 8.666/1993, que dispõe sobre normas gerais de licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações, vinculando todos os entes da Federação a guardar estrita observância aos termos ali contidos. O art. 37, XXI, da Constituição Federal, passou a ser regulamentado pela nova lei, que revogou o Decreto-Lei nº 2.300/1986.

Esta nova lei estabeleceu, no seu art. 22, cinco modalidades de licitação, quais sejam: concorrência, tomada de preço, convite, concurso e leilão. Cada modalidade possui especificidades, indicações e procedimentos próprios, distinguindo-se entre si pela variação quanto à complexidade e em relação à destinação de cada fase.

A edição da “Lei das Licitações” foi de suma importância, uma vez que esta veio a ser a lei mais abrangente de normas gerais sobre licitações e contratos administrativos. Com isso, tem-se que a Lei nº 8.666/1993 resultou da evolução histórica acima mencionada, contendo princípios e regras que derivaram das leis anteriores, mas que se fundamentaram, sobretudo,

na visão trazida pela Constituição de 1988, cujas inovações e atualizações demonstraram uma singular observância à nova realidade social, cultural e econômica vivida no país.

Alguns anos depois, em 2002, entrou em vigor a lei nº 10.520, que trouxe fortes mudanças na forma de licitar, consolidando uma sexta modalidade licitatória chamada de Pregão, que será tratado de forma mais detalhada no capítulo seguinte desta pesquisa. Assim como a lei nº 8.666/1993, esta também vincula de igual modo, todos os entes da Federação, com a finalidade de contratar bens e serviços denominados comuns.

Meirelles (2006) chama atenção para o fato de que a sistemática da licitação adotada no Brasil não corresponde à encontrada em outros países, sendo diferente até mesmo a terminologia adotada. No entanto, em alguns países como Portugal, Espanha, Argentina, Japão, Estados Unidos e Uruguai, certos procedimentos guardam semelhanças aos aqui adotados.

A Europa costuma ser bastante rigorosa em relação à transparência e ao combate à corrupção. Em muitos países existe um código de conduta específico para os funcionários públicos da área de licitação e a função é bastante monitorada com a finalidade de evitar fraudes. Uma das grandes diferenças do procedimento europeu para o brasileiro é a forte adoção de parcerias público-privadas, como por exemplo a adoção do *shadow-toll*⁶.

Já nos Estados Unidos, o governo adota uma prática chamada de *performance bond*⁷. Trata-se de uma proteção, geralmente emitida por uma companhia de seguros, para garantir a conclusão completa e bem-sucedida de um projeto pelo contratado, de acordo com os critérios técnicos e de desempenho acordados. Essas garantias de boa execução são usadas para assegurar o cumprimento integral do contrato e uma vez que contratado não consiga concluir a obra, o ente contratante será compensado por suas perdas através da seguradora⁸.

Inspirado pela prática prevista no Direito Americano, o seguro-garantia também passou também a ser utilizado no Direito Administrativo Brasileiro, como forma de assegurar que os contratos sejam executados em sua plenitude e de minimizar as chances de dano ao erário. De acordo com a Lei nº 8.666/1993, a Administração poderá exigir do licitante

⁶ Em tradução livre, caracteriza-se por um uma parceria onde um pagamento contratual é feito pelo governo a uma empresa privada, responsável por manter uma estrada em boas condições durante a vigência do contrato. Além do preço à vista, o governo também paga uma manutenção, baseada em critérios acordados entre as partes. Após o término do contrato, a estrada, com todas as benfeitorias realizadas, retorna ao Estado.

⁷ Em tradução livre, a expressão significa “garantia de boa execução”.

⁸ Informações extraídas dos sites *Thomson Reuters: Practical Law* e *U.S General Services Administration*, cujas referências completas encontram-se ao final deste trabalho.

vencedor uma garantia de execução do contrato, em moldes muito similares aos *performance bond*. Assim prevê o art. 56, *caput*, da referida Lei: “A critério da autoridade competente, em cada caso e, desde que prevista em instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.”. Em relação ao procedimento de garantia, o Japão adota um modelo semelhante ao brasileiro, também inspirado pelo modelo americano. A diferença fica por conta da dupla garantia, pois lá se exige uma garantia monetária além da *performance bond*.

2.3 Aspectos principiológicos das licitações

Os princípios jurídicos revelam a essência do Direito. Uma vez que são considerados como o ponto de partida e a base de onde se desenvolvem todas as coisas, é necessário o estudo dos princípios para que haja uma correta compreensão, tanto das licitações de forma ampla quanto do pregão eletrônico, objeto central deste estudo. (NIEBUHR, 2015).

Com a vigência da Carta de 1988, pela primeira vez a licitação passou a ter uma sólida raiz constitucional, recebendo atenção especial, sobretudo no que concerne à competência para legislar e sobre a obrigatoriedade da sua utilização pelo Estado.

Logo em seu art. 22⁹, o texto previu sobre a privatividade da União para legislar sobre as normas gerais de licitação e contratação¹⁰, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais. Já em relação à obrigatoriedade de licitar imputada ao Estado, encontram-se previsões expressas tanto no art. 37, XXI¹¹, quanto no art. 175¹².

Nota-se que, mais do que dispor sobre a competência legislativa e sobre a obrigatoriedade da sua observância, tais dispositivos introduziram importantes balizamentos a

⁹ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.”

¹⁰ A redação do inciso XXVII, do art. 22, foi alterada pela EC nº 19/1998, possibilitando a coexistência de procedimentos diferenciados entre os órgãos que se submetem ao art. 37, XXI e os que são respaldados pelo art. 173, § 1º, III, ambos da CF/88.

¹¹ “Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XXI - Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

¹² “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

todas as normas infraconstitucionais que versem sobre licitações e sobre contratos administrativos vigentes no país. Além disso, a Constituição de 1988 também submeteu a licitação a uma série de princípios, dentre eles os princípios gerais da Administração Pública. (MELLO, 2013).

Antes de discorrer sobre a aplicação dos princípios gerais da Administração Pública às licitações, previstos no *caput* do artigo, oportuna a ênfase ao inciso XXI do mesmo, onde o legislador os esmiúça e traz à tona um dos principais alicerces do processo licitatório: o princípio da igualdade.

A aplicação do princípio da igualdade¹³ permite que todos os interessados em contratar com a Administração tenham iguais condições e direitos, uma vez que atendam os requisitos do processo. Ao mesmo tempo, também confere lisura à escolha da melhor proposta pelo órgão contratante, impedindo a criação de condições específicas, que favoreçam diretamente um dos licitantes. Em sua obra “O conteúdo jurídico o princípio da igualdade”, Mello (1999, p. 18) destaca a importância deste princípio ao afirmar que: “por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desigualdades fortuitas ou injustificadas.”.

Inspirada por esta previsão constitucional, a Lei nº 8.666/1993 traz a igualdade entre os licitantes como um dos objetivos da licitação e como um dos seus princípios expressamente previstos.

O *caput* do art. 3º, da Lei das Licitações¹⁴, adicionou alguns princípios aos já previstos pela Constituição de 1988, fortalecendo e melhor respaldando o procedimento de contratações públicas. Além dos expressamente mencionados no art. 3º, outros princípios decorrentes da CF/88 e de outras leis esparsas podem ser encontrados na referida Lei, entre eles o da adjudicação compulsória, o da ampla defesa, o da razoabilidade, o da motivação e o da participação popular. (DI PIETRO, 2016)

¹³ No entendimento de Luiz Fernando Bandeira de Melo Filho, expresso no artigo “A Licitação na Constituição de 1988”, cuja referência completa encontra-se no final deste trabalho, o princípio da igualdade já estaria inserido em uma adequada interpretação do princípio da impessoalidade, porém o constituinte optou por reforçar essa característica elementar do processo de escolha dos contratados da Administração Pública, o que conferiu ênfase à relevância do mesmo.

¹⁴ Assim diz o *caput* do art. 3, da Lei nº 8.666/1993: “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 analisar criteriosamente o art. 3º da Lei nº 8.666/1993 também é possível perceber a sua submissão aos princípios gerais da atividade econômica, descritos na Constituição da República. A proteção à competitividade, citada no § 1º, inciso I, da mencionada Lei¹⁵, decorre do princípio da isonomia e tem a sua raiz no art. 170, inciso IV, da Carta Magna, que afirma que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, observará o princípio da livre concorrência.

A competitividade é descrita por Mello (2013) como sendo da essência do procedimento, uma vez que a Lei e a própria Constituição estabelecem como obrigatório este aspecto competitivo, com o intento de evitar que preços e ofertas sejam manipuladas e buscando com que a Administração alcance o fim desejado. Baseado nisso, a Lei nº 8.666/1993 veda, em seu art. 7º, § 5º, a realização de licitação que inclua bens sem similaridade ou com marcas, características e especificações exclusivas. A isonomia e a competitividade também são diretamente ressaltadas no inciso II¹⁶, art. 3º, e em diversos outros dispositivos¹⁷ da mesma Lei.

Importa pontuar, entretanto, que a Lei das Licitações previu algumas hipóteses em que o princípio da igualdade pode ser relativizado, sendo estas: a) quando a exigência discriminatória for pertinente ou relevante para o objeto do contrato; b) para garantir a margem de preferência estabelecida pelos §§ 5º ao 12 do artigo 3º; c) para as hipóteses previstas no art. 3º da Lei nº 8.248/1991; e (d) para definir os critérios de desempate. Outras exceções também foram inseridas pela Lei Complementar nº 123/2006 e pela Lei nº 11.488/2007, que concederam benefícios às microempresas, às empresas de pequeno porte e às cooperativas e, principalmente, pela Lei nº 12.349/2010.

Em relação à Lei nº 12.349/2010, Alexandrino e Paulo (2013) chamam atenção para a substancialidade das alterações trazidas por esta à Lei das Licitações. A noção de igualdade

¹⁵ Continuando a descortinar o art. 3º da Lei das Licitações, temos: “§ 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).”.

¹⁶ Na sequência do art. 3º da Lei das Licitações, temos: “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.”.

¹⁷ Derivações dos princípios da igualdade e da livre concorrência também podem ser observadas no art. 30, § 5º, no art. 42, parágrafos 1º, 3º, 4º e 6º e também no art. 90, todos da Lei nº 8.666/1993.

trazida pela Constituição Federal ganhou, nas palavras dos autores, “uma interpretação bastante elástica”, uma vez que criou uma série de margens de preferência para determinadas partes, em detrimento a outras.

Como descrito sumariamente alguns parágrafos acima, a vigência da Lei nº 12.349/2010 possibilitou a concessão de vantagens competitivas para empresas produtoras de bens manufaturados nacionais e também para empresas prestadoras de serviços nacionais, que atendam às normas técnicas brasileiras. Tais regras foram cunhadas com o intuito de fomentar o mercado local de bens e serviços, fortalecendo a indústria e o comércio nacional, uma vez considerado o grande peso econômico que as compras governamentais possuem.

Com esta Lei, portanto, as aquisições públicas ganharam também a função de promover o desenvolvimento do país, culminando com a geração de emprego e com o aumento de renda no âmbito doméstico, bem como com a criação de tecnologias nacionais e com o impulso nos setores de pesquisa. (ALEXANDRINO e PAULO, 2013).

Em relação ao desenvolvimento nacional sustentável, Di Pietro (2016) destaca também que a sua inclusão no *caput* do art. 3º, enseja margem à aceitação da chamada licitação sustentável, que poderá prever em seu edital requisitos que favoreçam a proteção ao meio ambiente e estejam em harmonia com o desenvolvimento social e econômico do país.

Com as significativas alterações trazidas pela Lei nº 12.349/2011, a “seleção da proposta mais vantajosa para a Administração”, a que se refere o art. 3º da Lei nº 8.666/1993, ganhou uma nova interpretação. Até a vigência daquela lei, o prisma econômico-financeiro era preponderante para escolha, mesmo quando a licitação não fosse do tipo menor preço. Atualmente, para que a proposta seja a mais vantajosa, a relação custo-benefício deverá vir acompanhada de benefícios indiretos e até mesmo de longo prazo, tais quais o já mencionado fomento da economia local e as práticas de sustentabilidade.

Válido pontuar, no entanto, a observação trazida por Alexandrino e Paulo (2013) de que essas mudanças sofridas no perfil das licitações públicas não partiram de nenhuma alteração do texto constitucional, que prevê expressamente que a licitação deve assegurar “igualdade de condições a todos os concorrentes”, sendo permitidas somente “exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”. Com isso, tem-se por impreciso o grau interpretativo conferido pelo legislador ao referido dispositivo constitucional, sendo, nas palavras dos autores questionadores, “difícil determinar quais critérios de desigualamento são e quais não são legítimos e razoáveis.”.

Retomando ao *caput* do art. 37 da Constituição de 1988 e aos princípios gerais da Administração Pública, observemos as licitações à luz do princípio da legalidade. Trata-se de um princípio de suma relevância, uma vez que as licitações devem observar estritamente as leis que as disciplinam. Esta observância legal garante a lisura do procedimento e a segurança jurídica de todas as partes envolvidas. Uma vez que o licitante se sinta lesado, este poderá impugnar judicialmente o procedimento. Conforme expressa Di Pietro (2016, p. 423): “(...) mais do que direito público subjetivo, a observância da legalidade foi erigida em interesse difuso, passível de ser protegido por iniciativa do próprio cidadão.”.

A busca por resguardar a legalidade do procedimento foi amplamente difundida na Lei nº 8.666/1993, que a explicita de forma concreta no seu art. 4º, parte inicial: “Todos os que participarem 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...”. Além disso, a Lei das Licitações previu diversas formas de participação popular no exercício deste controle¹⁸.

Quanto ao princípio da impessoalidade, este encontra-se fortemente ligado aos princípios da isonomia/igualdade já mencionados, uma vez que se refere ao tratamento igualitário entre todos os licitantes, garantindo que todos tenham os mesmos direitos e deveres dentro do processo e que o ente público contratante pautar a sua escolha unicamente em critérios objetivos, previamente disciplinados pelo edital de convocação. Por intermédio deste princípio, o Estado tem o dever de que, no procedimento licitatório, todos os participantes sejam tratados com total neutralidade.

Por sujeitar-se ao princípio da moralidade, o processo licitatório também deve observar a moral, as regras da boa administração, os princípios de justiça e de equidade e a ideia comum de honestidade. Além de encontrar previsão constitucional, tanto no *caput* do art. 37 quanto no art. 5º, LXXIII, este princípio é replicado e detalhado na Lei nº 8.666/1993, que faz referência não só à moralidade, mas também à probidade. A não sujeição a este princípio implica em sanções previstas nesta lei e na própria Constituição da República¹⁹.

¹⁸ Formas de controle da legalidade do procedimento licitatório podem ser encontradas nos artigos 4º, 41, 101 e 113 da Lei nº 8.666/1993.

¹⁹ A sanção para os atos de improbidade administrativa encontra previsão no art. 37, § 4º da CF/88. Posteriormente, em 1992, a improbidade foi definida pela Lei nº 8429/1992. Em relação à Lei das Licitações, muitas das punições descritas entre os artigos 89 a 99 alcançam este tipo de infração, que possui raiz na inobservância dos princípios da moralidade e probidade.

O procedimento licitatório deve ser divulgado, para o conhecimento de todos os interessados, assim como os atos da Administração que forem praticados em todas as fases devem ser abertos, assegurando a possibilidade de fiscalizar a sua legalidade, não só pelos licitantes, como também pelos órgãos de controle governamentais e pelos administrados. Este acompanhamento reveste-se de importância, posto que possibilita a impugnação de procedimentos que atentem contra a moralidade administrativa ou contra o patrimônio público. Encontradas ilegalidades, estas poderão ser denunciadas ao Ministério Público ou a quaisquer órgãos de controle, a exemplo dos Tribunais de Contas. (ALEXANDRINO e PAULO, 2013).

O princípio da publicidade é assim tratado no art. 3º, § 3º, da Lei nº 8.666/1993: “a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos do seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.”. Já no art. 4º, parte final, a lei assegura a qualquer cidadão interessado que acompanhe o desenvolvimento da licitação, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos. Isso inclui, inclusive, a fiscalização da lisura das etapas.

Nesse ponto, Alexandrino e Paulo (2013) enfatizam que o princípio da publicidade impõe, ainda, que os motivos determinantes das decisões proferidas em qualquer etapa do procedimento sejam declarados. Uma vez omissos os motivos, restaria impossibilitado o efetivo controle pelos participantes e pelos cidadãos em geral. Observa-se que a publicidade reveste-se de suma importância dentro do processo, visto que além de dispor de previsão constitucional, foi amplamente tratada em diversos dispositivos da Lei nº 8.666/1993²⁰.

Último princípio descrito no *caput* ao art. 37 da CF/88, a eficiência em licitação pública orbita em torno do seguinte tripé: preço, qualidade e celeridade. Além de garantir a isonomia na seleção do melhor contratante, a Administração, ao licitar, deve selecionar a proposta mais vantajosa, tanto em economicidade, quanto em qualidade. (NIEBUHR, 2015).

Do princípio da eficiência, dada a sua abrangência, decorrem ainda outros princípios que devem nortear o processo licitatório, dentre os quais o do justo preço, o da seletividade, o da celeridade e o da finalidade.

Ao licitar, a Administração deve cuidar para que não selecione propostas com precificação fora do contexto de mercado, adquirindo bens e serviços com uma onerosidade

²⁰ A Lei nº 8.666/1999 faz referências, diretas ou indiretas, ao princípio da publicidade nos seguintes dispositivos: art. 3º, § 3º; art. 4º; art. 15, § 2º; art. 16; art. 21, § 4º; art. 34, § 1º; art. 39; art. 40, VIII; art. 43, § 1º e no art. 53, § 4º. Quanto ao art. 53, § 4º, tal redação foi dada pela Lei nº 8.883/1994.

incompatível com os padrões existentes. Ao fazer isto, o ente deve selecionar com cautela o contratante, sempre relacionando o preço cobrado pelo mesmo à qualidade do objeto licitado. Ademais, todo o processo de seleção deverá observar uma duração razoável, de modo que seja concluído com agilidade.

Quanto ao princípio da finalidade, impende notar que a licitação não é um fim em si mesmo, sendo apenas um instrumento para que o Poder Público celebre contratos que visem atender satisfatoriamente aos interesses da coletividade, cumprindo assim a sua função institucional. (NIEBUHR, 2015).

Nota-se, pelo exposto neste capítulo, que a Constituição Federal de 1988 foi inovadora ao trazer segurança ao procedimento licitatório, até então carente de uniformização, e ao submetê-lo a uma valiosa carga principiológica, revestida de publicidade e de legalidade. Atualmente, observa-se uma utilização cada vez maior de novos instrumentos licitatórios, tal qual o pregão eletrônico, que tornam o processo mais ágil e transparente. Com o desenvolvimento e aperfeiçoamento do mecanismo de compras, o Estado tende a ganhar em diversos aspectos, ampliando a concorrência, o que por sua vez resulta em eficiência e economia.

3 O PREGÃO ELETRÔNICO

Para que o pregão eletrônico seja melhor explanado neste capítulo, importa que o mesmo seja tratado em conjunto o pregão, com seu breve histórico, conceito, características, peculiaridades e procedimentos, vez que ambos têm como origem um ponto comum.

Sexta modalidade de licitação, o pregão surgiu no sistema brasileiro em 1997, na chamada Lei Geral de Telecomunicações (LGT), de nº 9.472. Este foi o primeiro dispositivo legal a autorizar a realização do pregão pela Administração Pública e, em primeiro momento, a sua aplicação estava restrita ao âmbito da ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações. (MONTEIRO, 2010).

Com as vantagens observadas com a aplicação do pregão na ANATEL, a nova modalidade foi estendida à União, através da Medida Provisória nº 2.026/2000. Tal medida foi reeditada dezoito vezes, tendo sofrido modificações substanciais e sendo, no mesmo ano, reenumerada para MP nº 2.182. (ALEXANDRINO e PAULO, 2013).

Na ocasião, muito se suscitou a respeito da manifesta inconstitucionalidade das referidas medidas provisórias, uma vez que a criação de uma nova modalidade de licitação não se enquadraria como algo urgente ou relevante, requisitos estes autorizadores da utilização de tais medidas, nos termos do que diz o art. 62, da Constituição da República. (NIEBUHR, 2015).

Ainda em 2000, a MP do pregão foi regulamentada pelo Decreto nº 3.555/2000, que estabeleceu normas complementares sobre a nova modalidade e também descreveu os bens e os serviços que seriam enquadrados como comuns. Posteriormente, este foi alterado pelos Decretos nº 3.693/2000 e 3.784/2001.

Em 2000, também foi expedido o Decreto nº 3.697/2000, que instituiu o pregão eletrônico, tendo este ficado em vigor até 2005, quando foi revogado pelo Decreto nº 5.450. Este último passou a disciplinar a modalidade no âmbito federal, com o escopo de enfatizar o disposto no § 1º, do art. 2º, da Lei nº 10.520/2002, que assim preconiza: “poderá ser realizado o pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica”. (BRASIL, 2002).

A partir de 2002, quando ocorreu a edição da Lei nº 10.520/2002, que converteu a medida provisória nº 2.182 em norma geral, a utilização do pregão foi estendida também aos

Estados, Distrito Federal e Municípios, ficando estes entes dispensados de editarem leis próprias sobre a matéria²¹.

A Lei nº 10.520/2002, assim como a Lei nº 8.666/1993, é uma lei de normas gerais, que objetiva a regulamentação do art. 37, da Constituição Federal de 1988. No entanto, por não dispor sobre todas as normas necessárias à realização de procedimentos licitatórios, a própria “Lei do Pregão” afirma, em seu art. 9º, que se aplicam subsidiariamente as normas da “Lei das Licitações”. (MEIRELLES, 2006).

3.1 Conceito e características

De origem latina²², a palavra pregão expressa a proclamação de notícias, a designação de um anúncio ou de um aviso. Em um sentido comum, o termo sugere algo dito em voz alta, direcionado ao público geral. (NIEBUHR, 2015).

Já em termos operacionais, o pregão é um procedimento administrativo, pelo qual um ente público, seja a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios, adquire bens e serviços comuns, independentemente de qual seja o valor da contratação. O que define a possibilidade de se optar pelo pregão em detrimento às demais modalidades de licitação é a natureza do objeto da contratação (bens e serviços comuns), sendo indiferente o valor do contrato. (ALEXANDRINO e PAULO, 2013).

Em um abrangente conceito de pregão, organizado por Niebuhr, que inclui uma das características mais marcantes do procedimento, temos que:

É uma modalidade de licitação pública destinada a contratos de aquisição de bens ou de prestação de serviços, ambos considerados comuns, cujo julgamento das propostas antecede à fase de habilitação, admitindo que os licitantes ou parte deles renovem as suas propostas oralmente. (NIEBUHR, 2015, p. 01).

Por sua vez, Di Pietro, em uma definição objetiva, que guarda similaridade com as demais já mencionadas, assim conceitua pregão:

²¹ De acordo com o art. 22, XXVII, da Constituição Federal, a norma geral da nova modalidade deve ser observada também pela Administração Indireta.

²² *Praiconium*, do verbo *praeconari*, que significa apregoar, proclamar notícias.

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 pública. (DI PIETRO, 2016, p. 457).

O pregão existe na modalidade presencial e na eletrônica. Na primeira, como o nome sugere, os licitantes participam fisicamente da sessão em que os procedimentos são realizados, enquanto na eletrônica o processamento da licitação se dá pela utilização de meios de tecnologia de informação, sem a presença física dos licitantes, através da internet. (NIEBUHR, 2015).

No dizer de Marinela, o pregão eletrônico é assim conceituado:

O pregão, na forma eletrônica, é a modalidade de licitação do tipo menor preço realizada quando a disputa de bens ou serviços comuns for feita à distância, em sessão pública, por meio de sistema que promova a comunicação pela internet. (MARINELA, 2015, p. 421).

Com base nos conceitos aqui trazidos, convém trazer o foco a alguns pontos-chave, de modo que o entendimento se torne mais claro. Primeiramente, nota-se pelo exposto que o pregão é uma modalidade de licitação pública. Ou seja, é um modo específico de realizá-la, com procedimentos peculiares, assim como a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão. Modalidades são caminhos distintos para proceder à licitação. (NIEBUHR, 2015).

Importa ainda definir “bens e serviços comuns”. De acordo com o art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520/2002, bens e serviços comuns são “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos por edital, por meio de especificações usuais do mercado.”. Isto é, são bens e serviços ordinários, sem especificidades ou características técnicas singulares.

Para Meirelles (2006), a ausência de características únicas confere aos bens e serviços comuns uma certa padronização. Desta feita, existe a possibilidade de substituição de uns por outros, sem que a qualidade e a eficiência sejam afetadas. Trata-se de um importante distintivo conceitual desta modalidade.

O objeto do certame deve ser ampla e exhaustivamente definido e descrito no edital convocatório da licitação, sendo esta uma condição necessária para que as propostas possam ser comparadas de forma objetiva. O esgotamento das características do bem ou do serviço

licitado confere um ponto de segurança ao ente público, que os pode selecionar de forma mais assertiva. (MONTEIRO, 2010).

Quando certos bens ou serviços, a despeito de possuírem especificações que podem ser objetivamente descritas no edital, possuem características de funcionamento, capacidade e qualidade que venham a ser determinantes na escolha da proposta mais vantajosa para a Administração, estes não podem ser considerados comuns. Em sentido oposto, para que assim seja enquadrado, as variações técnicas entre os bens ou serviços ofertados não podem ser relevantes o suficiente para determinar o proponente vencedor. (NIEBUHR, 2015).

Uma vez que não há que se falar em divergências qualitativas que tornem um licitante mais favorável que outro, os bens e serviços comuns comportam o menor preço como critério objetivo para o julgamento das propostas recebidas. O pregão é a modalidade que consegue melhores resultados quando objetivo é alcançar o menor preço, haja vista que este passa a ser o fator exclusivo de diferenciação entre as múltiplas proposituras. Destarte, sendo a licitação objetivamente do tipo menor preço, o pregão deve ser a modalidade aplicada. A escolha por alguma das previstas na Lei nº 8.666/1993 pode ensejar a demonstração de clara inadequação do pregão ao caso em comento. (MONTEIRO, 2010).

É exigida da Administração uma interpretação sobre o que se enquadra ou não dentro do conceito de bens e serviços comuns, dado que não existe menção na Lei de um rol taxativo e exaustivo²³. Monteiro (2010) aponta que, por se tratar de um conceito vago e fluido, a aferição da validade da solução adotada pelo administrador público dependerá fortemente do caso concreto em questão. Porém, é relevante pontuar que a imprecisão do conceito não dá azo ao exercício inconsequente do poder discricionário pela Administração, devendo este ser praticado à luz do contexto no qual se encontra.

Em relação ao valor da contratação, este não é um critério útil na definição do pregão, como acontece na concorrência, na tomada de preços e no convite, disciplinadas pela Lei nº 8.666/1993²⁴. Com isso, a modalidade pode ser utilizada para contratações de qualquer valor, desde que o objeto licitado se enquadre na categoria de bens e serviços comuns.

²³ O ministro relator Valmir Campelo, em seu voto no acórdão nº 817/2005, da 1ª Câmara, afirma que o rol de bens e serviços comuns trazidos nos anexos dos Decretos Regulamentares nº 3.555/2000 e 3.784/2001 são meramente exemplificativos, não tendo sido descritos de forma exaustiva. Pontue-se, ainda, que tais anexos foram revogados com a entrada em vigor do Decreto nº 7.174/2010.

²⁴ A Lei nº 8.666/1993 assim estabelece os limites de valores para cada modalidade licitatória: “Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação: I - para obras e serviços de engenharia:

A Lei nº 10.520/2002 trazia, em seu art. 2º, autorização expressa para o uso da modalidade nas contratações de qualquer valor, o que acabou sendo suprimido por conta do veto presencial. Apesar disso, para Monteiro (2010), em que pese a Lei não mais conter previsão expressa, inexistente norma em sentido contrário, impedindo qualquer atividade normativa complementar limitadora do âmbito de aplicação da norma geral.

Apesar de que, habitualmente, o objeto “comum” que pode ser licitado via pregão seja associado a um objeto “simples”, padronizado e rotineiro, tais características não esgotam as possibilidades da terminologia. Como assevera Monteiro (2010, p. 93): “Bens e serviços com complexidade técnica, seja na sua definição ou na sua execução, também são passíveis de ser contratados por meio de pregão.”. Para que seja possível a contratação é necessário que a técnica envolvida seja de amplo conhecimento no mercado e que a sua descrição possa ser feita de forma objetiva no edital.

No que condiz às obras e serviços de engenharia, não há homogeneidade sobre a possibilidade de utilização do pregão, nem na legislação e nem na jurisprudência. O art. 5º, do Regulamento da Licitação na Modalidade de Pregão, anexo do Decreto nº 3.555/2000, excluiu de forma expressa o uso do pregão para esse fim no âmbito da Administração Pública Federal²⁵. Nesse mesmo sentido, em redação praticamente igual, o art. 6º, do Decreto nº 5.450/2005, que regulamenta o pregão na forma eletrônica, também veda essa aplicação. Por sua vez, a Lei nº 10.520/2002 não traz esse impedimento direto em seu texto.

Para Monteiro (2010) existem três motivos pelos quais não há razão plausível que impeça o uso do pregão em contratos que envolvam obras e serviços de engenharia comuns. Primeiro, pelo fato de não haver na Lei das Licitações definição objetiva dos termos *obra*, *serviço* e *compra*. Segundo, porque o próprio Código Civil aponta obra como sendo um conjunto de serviços e terceiro, porque a Lei nº 10.520/2002 não adotou esse critério de classificação, falando apenas de objetos comuns.

Nesse mesmo sentido, Niebuhr (2015, p. 65) defende que a Lei não excluiu, de plano, a utilização do pregão para obras e serviços de engenharia comuns, sendo que, a seu ver: “não

a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais); b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais); c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais); II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior: mil reais); b) tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais); c) concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).”

²⁵ “Art. 5º - A licitação na modalidade de pregão não se aplica às contratações de obras e serviços de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral, que serão regidas pela legislação geral da Administração.”.

há razões para rechaçar de antemão a possibilidade de obra de engenharia conformar-se ao conceito de comum enfeixado no § 1º do art. 1º da Lei nº 10.520/2002.”. Além disso, para o autor, decretos não possuem força para criar proibição que não esteja pressuposta em lei, haja vista o seu propósito específico ser criar regras para a sua execução e concretização.

O Tribunal de Contas da União tem alterado, ao longo do tempo, o seu entendimento sobre a questão. Em princípio, decidiu alinhar-se ao Decreto nº 3.555/2000, adotando uma postura restritiva, de que o uso do pregão somente deve ocorrer nos casos nele expressos. Posteriormente, valeu-se do item 20 ao anexo II²⁶, do mesmo decreto, para decidir que a atividade de manutenção de equipamentos industriais, qualificada como serviço de engenharia, é um serviço comum e, portanto, passível de licitação via pregão.

Mais recentemente, com as notórias vantagens percebidas pela Administração Pública ao fazer uso da modalidade, o TCU passou a adotar uma interpretação mais próxima da amplitude dada pela Lei nº 10.520/2002, permitindo a utilização do pregão para obra e serviço de engenharia. (NIEBUHR, 2015).

Outra marca medular desta variante é a operação de fases invertidas, que será detalhada mais à frente. No pregão, diferente do que habitualmente dispõe a Lei nº 8.666/1993, primeiro se faz o julgamento das propostas para então se realizar a habilitação. Com isso, o procedimento se torna mais célere e objetivo. (NIEBUHR, 2015).

O julgamento das propostas é realizado em duas fases, sendo a primeira aquela em que as propostas escritas são apresentadas em classificadas em ordem decrescente, de acordo com os preços ofertados. Na segunda fase, aos licitantes que ofereceram os menores preços é dada uma segunda oportunidade para apresentar propostas, de forma oral e em voz alta, podendo um cobrir o preço do outro, até que se alcance o menor preço. Note-se que na modalidade eletrônica, essa etapa é realizada através de sistema próprio, via internet.

O lance verbal, outra característica inerente ao pregão, porquanto nas modalidades de licitação tradicionais somente se admite a proposta escrita, converte-se em “lance digital” quando tratar-se de pregão eletrônico. Tal lance deve ser registrado formalmente em sessão pública, através do sistema, por pessoal legalmente habilitada com poderes específicos para esta finalidade. Com essas medidas, o lance passa a ter validade jurídica, vinculando o ofertante e incidindo sobre este as disposições do art. 7º, da Lei nº 10.520/2002. (TOLOSA FILHO, 2012).

²⁶ O anexo II do Decreto nº. 3.555/2000 foi revogado pelo Decreto nº. 7.174/2010.

Esta particularidade do procedimento evoca o conceito terminológico do pregão, como visto no início deste tópico, sendo a razão pela qual recebe este nome. Niebuhr (2015) observa também que o pregão é uma espécie de “leilão às avessas”, pois enquanto no leilão o vencedor é o que oferece a proposta com maior valor, no pregão ganha aquele que oferece a de menor valor, atendidas que sejam as especificidades exigidas em cada caso.

3.2 Aspectos principiológicos da licitação aplicados ao pregão eletrônico

Por se tratar de uma modalidade de licitação pública, os princípios balizadores desta também se aplicam ao pregão eletrônico. No entanto, por ser dotado de uma sistemática própria, com características peculiares e por ter surgido em um contexto diferente das demais modalidades, alguns princípios aplicáveis ao pregão eletrônico merecem destaque.

Isto pode ser notado no art. 4º do Decreto Federal nº 3.555/2000, que traz diversos princípios pelos quais o pregão é condicionado²⁷. Ao observar o rol elencado, nota-se uma adição aos princípios capitaneados pela Constituição Federal, em seu art. 37, sendo alguns deles desmembrados e colocados de forma individualizada e mais especificada, dando a ênfase necessária à boa aplicação da nova modalidade licitatória.

O fato do Decreto nº 3.555/2000 ter replicado e detalhado os princípios da Constituição e também aqueles presentes na Lei nº 8.666/1999 não implica, importante frisar, em exclusividade principiológica do pregão. Tais princípios devem ser aplicados a todas as modalidades existentes. Conforme assevera Monteiro (2010), todos os procedimentos licitatórios devem ser pautados por normas, cuja razão maior é o atendimento ao interesse público.

Em que pese o fato de que todas as modalidades licitatórias devem sujeitar-se aos princípios já mencionados, alguns são percebidos de forma mais direta no pregão eletrônico. Isso se deve, como já dito, à própria estrutura procedimental do mesmo. Entre os aspectos que merecem destaque, temos: a celeridade, a publicidade, a competitividade e a eficiência.

A inversão das fases de julgamento das propostas e habilitação, a permissão para que sejam realizados lances verbais, o embate direto entre os licitantes, bem como a negociação

²⁷ “Art. 4º. A licitação na modalidade de pregão é juridicamente condicionada aos princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, bem assim aos princípios correlatos da celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, competitividade, justo preço, seletividade e comparação objetiva das propostas.”

objetiva entre o ente público e o participante do certame conferem celeridade ao pregão, uma agilidade prática, que extrapola às meras menções nos textos legais e o diferencia de forma evidente das outras modalidades licitatórias, cujas estruturas de funcionamento não permitem a mesma fluidez no processo. (MONTEIRO, 2010).

Assim como todas as modalidades licitatórias, o pregão eletrônico deve observar o princípio da publicidade. Ao realizá-lo, a Administração deverá cuidar para que o seu objeto e os seus requisitos sejam amplamente divulgados entre os interessados, com todas as informações necessárias elencadas em edital com esse fim específico. Entretanto, pelas características inerentes à modalidade, uma vez que se trata de um procedimento realizado em uma plataforma digital, via internet, a publicidade ganha outros contornos e um alcance bem maior do que o de outros tipos de licitações feitas de forma presencial. (NIEBUHR, 2015).

O princípio da competitividade exige da Administração que fomente a participação do maior número possível de interessados no certame, com a finalidade de aumentar a quantidade de propostas e lhe oferecer mais possibilidades de escolha, sempre visando o interesse público. A ausência de barreiras físicas do pregão eletrônico possibilita que participantes de todas as partes de país ingressem no processo, com uma facilidade muito maior do que ocorreria em qualquer outra modalidade presencial.

A proteção à competição foi uma grande preocupação do legislador, que chegou a impor limites às formalidades erigidas no edital de licitação pública. Sobre o assunto, assim diz o art. 3º, II, da Lei nº 10.520/2002: “A definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição”. Nesse mesmo sentido, em uma redação similar à da Lei retro mencionada, também é o art. 8º, I, do Decreto nº 3.555/2000²⁸.

As formalidades existentes no processo licitatório devem ser justificadas e ter utilidade dentro do certame. Do contrário, se exacerbadas, podem reduzir ou mesmo impedir a participação de licitantes interessados e legalmente aptos, o que agrediria frontalmente a livre competição. Nessa perspectiva, operam também os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que, aliados ao bom senso, oferecem parâmetros suficientes para decidir se determinada exigência ou formalidade possui ou não compatibilidade com o princípio da competitividade. (NIEBUHR, 2015).

²⁸ Assim diz a redação do art. 8º, I, do Decreto nº 3.555/2000: “A definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou a realização do fornecimento, devendo estar refletida no termo de referência.”

Por se tratar de um método que possibilita celeridade nas contratações, garantia de transparência, maior segurança, melhor aproveitamento de recursos, ofertas de preços sistematicamente mais baixos, interação de diversos sistemas, redução de custos aos fornecedores e ao contratante, inibição à formação de cartéis e amplo espectro de escolha para administração, há se falar que o pregão eletrônico obedece ao princípio da eficiência enquanto modalidade licitatória.

3.3 Relação entre o pregão eletrônico e o pregão presencial

O pregão eletrônico e o pregão presencial são espécies abrangidas pelo gênero pregão, existindo apenas uma linha tênue separando as duas. A lei que disciplina a modalidade não as menciona expressamente e nem faz distinção entre elas, o que é suficiente para afirmar que as ambas divergem apenas em aspectos procedimentais, possuindo um núcleo comum.

Por fazerem parte de uma mesma modalidade raiz, o pregão presencial e o pregão eletrônico compartilham, além da mesma essência nuclear, as mesmas premissas, os mesmos objetivos e os mesmos princípios jurídicos. Com isso, conforme afirma Niebuhr (2015, p. 290): “a interpretação das normas a respeito do pregão eletrônico não deve se afastar ou partir de pressupostos distintos da interpretação das normas sobre o pregão presencial.”.

Em relação às vantagens da sua adoção, o pregão eletrônico, além de ter várias vantagens em relação às modalidades de licitação trazidas pela Lei nº 8.666/1993, como as já mencionadas: celeridade, diminuição da burocracia e economicidade, também possui pontos positivos significativos em relação ao próprio pregão presencial.

Os recursos de tecnologia de informação utilizados pelo pregão eletrônico são fundamentais para que se alcancem tais benefícios. Em primeiro lugar, a virtualização do processo gera uma significativa economia de recursos, sobretudo de papel, o que acaba por desencadear a diminuição de formalidades excessivas e da burocracia.

Como segundo ponto de vantagem, temos o impacto sobre as atividades do pregoeiro. No pregão presencial, o pregoeiro é sobrecarregado com uma série de funções que lhes são inerentes, tendo que receber envelopes e propostas pessoalmente e de forma manual, classificar os licitantes, fazer os lances orais, franquear a palavra aos que quiserem recorrer, adjudicar o objeto da licitação, entre outras funções.

Na sua versão eletrônica, o pregão simplifica e automatiza muitas dessas atividades, uma vez que o sistema de informática recebe, processa e organiza as propostas, dispensando a

atuação do pregoeiro na coleta de dados individuais. Necessário pontuar, no entanto, que continua recaindo sobre o pregoeiro uma série de obrigações, vez que este segue sendo o principal responsável pelo certame. (NIEBUHR, 2015).

O pregão eletrônico também facilita a realização de licitações julgadas por lotes ou itens, pois enquanto no presencial o pregoeiro precisa abrir lances orais para cada item ou lote, de forma individual, no eletrônico o próprio sistema abre e executa a disputa, evitando uma coleta de dados lenta, que atrasaria todo o processo.

A quebra das barreiras físicas talvez seja a mais relevante das diferenças entre as formas de realizar o pregão. Por se operacionalizar via internet, o pregão eletrônico encurta distância e aumenta a concorrência, vez que os interessados de qualquer parte do país podem participar do certame. Com isso, a Administração recebe mais propostas e tem maiores alternativas de escolha. Ao passo que no presencial a obrigatoriedade de se fazer presente nas sessões faz com que a participação de licitantes de outras localidades fique prejudicada, considerados os gastos de locomoção necessários para que se façam representados. (NIEBUHR, 2015).

A tecnologia, uma das maiores vantagens do pregão eletrônico, também pode se tornar uma grande desvantagem. Ocorre que a participação no processo licitatório fica condicionada à existência de uma conexão à internet de qualidade, com equipamentos compatíveis e pessoal devidamente treinado para a condução do certame. Esta situação foge da realidade de muitas empresas, sobretudo as de pequeno porte, e até mesmo de municípios pequenos, que não dispõem de recursos para capacitação e aquisição do aparato tecnológico necessário.

Com isso, Niebuhr (2015) chama atenção para o risco de uma possível “competitividade negativa”, que pode ocorrer caso o ente público utilize a versão eletrônica do pregão de forma indiscriminada em uma realidade onde a maioria dos fornecedores não tenha a tecnologia ou a instrução necessária para participar e competir no certame em condições de igualdade com os demais. Caso isso ocorra, o benefício do aumento da competitividade deixa de existir, uma vez que será menor a quantidade de concorrentes, acarretando prejuízos à Administração.

Os recursos tecnológicos tendem a se desenvolver cada vez mais rápido e a Administração deve acompanhar os avanços nesse sentido. É oportuno dizer que o fato de alguns municípios ou empresas estarem aquém nesse quesito não deve servir de freio ao desenvolvimento do setor público. No entanto, em que pese tal observação, cabe aos agentes

administrativos responsáveis pela licitação a avaliação de cada caso e de cada realidade, de forma que implementem a modalidade eletrônica com prudência, visando não prejudicar a comunidade e os fornecedores locais.

Para Niebuhr (2015), outra desvantagem no uso do pregão eletrônico em relação ao presencial consiste na influência diminuída do pregoeiro sobre os participantes do certame. Ocorre que na forma presencial o pregoeiro pode observar melhor os concorrentes, podendo perceber detalhes que de outro modo passariam despercebidos. Quando na forma eletrônica, o poder de intervenção e persuasão fica limitado, o que pode ser uma grande desvantagem, a depender do caso concreto.

No geral, as desvantagens apontadas em relação ao pregão eletrônico quanto à restrição da concorrência e às inadequações do seu uso são situacionais, não se tratando de pontos negativos da modalidade, mas sim de desvantagem pontual. É necessário que haja sensibilidade quanto às situações em que ela pode ser utilizada, de modo que não haja prejuízo nem para a Administração e nem para os participantes. (NIEBUHR, 2015).

3.4 Estrutura procedimental

O procedimento operacional do pregão eletrônico é composto de uma série de atos interligados e dispostos em uma ordem lógica, sendo divididos em duas fases: a interna e a externa. Tais fases encontram-se disciplinadas na Lei nº 10.520/2002, tornando-se, pois, de cumprimento obrigatório pelo órgão licitante.

São estes os atores do pregão: dirigente do órgão, pregoeiro, equipe de apoio e licitantes, tendo cada um destas funções e responsabilidades bem definidas, devendo ser observadas na íntegra para que o processo ocorra dentro dos ditames legais, com a eficiência que esperada pelo ente promovedor.

A autoridade definida como competente, de acordo com o regimento ou o estatuto do órgão promotor da licitação é responsável por designar e solicitar, junto ao provedor do sistema, o credenciamento do pregoeiro e da equipe de apoio, indicar o provedor do sistema, determinar a abertura do processo licitatório, decidir os recursos contra atos do pregoeiro quando este mantiver a sua decisão, adjudicar o objeto da licitação, quando houver recurso, homologar o resultado da licitação e celebrar o contrato. (TOLOSA FILHO, 2012).

A norma geral do pregão estabelece que o processo licitatório seja conduzido por pessoa capaz de cumprir satisfatoriamente os requisitos do procedimento, alcançando o seu

objetivo. De acordo com o disposto na Lei nº 8.666/1993, a responsabilidade pela licitação recai sobre um grupo de servidores, que compõem a chamada “comissão de licitação”. Já a partir da Lei nº 10.520/2002 foram criadas as figuras do pregoeiro e da sua equipe de apoio, sendo estes os responsáveis pela operacionalização do procedimento na modalidade de pregão. (MONTEIRO, 2010).

O pregoeiro merece destaque especial, posto que a celebração de um contrato via pregão que atenda efetivamente o interesse público passa por sua atuação e por sua análise. O pregoeiro é a autoridade máxima durante a sessão pública do pregão. Além de agregar funções administrativas, como cadastrar os participantes, elaborar atas e analisar as habilitações, cabe ao pregoeiro a competência decisória durante todo o procedimento, ficando incumbido de verificar a aceitabilidade das propostas e deliberar sobre as mesmas, classificar os proponentes, conduzir os lances verbais, analisar os requisitos subjetivos do vencedor, adjudicar exame e decisão de recursos interpostos, além de receber e decidir sobre impugnações que venham a ser apresentadas. (MONTEIRO, 2010).

Dada a complexidade e a amplitude das atividades desenvolvidas pelo pregoeiro, imprescindível se faz que este detenha conhecimentos sobre as leis que envolvam o exercício do seu labor. Além dos aspectos jurídicos, é notável a necessidade de que o profissional seja dotado de habilidades de negociação, de liderança e de comunicação. Equilíbrio emocional, raciocínio lógico, bom senso e responsabilidade sobre o que lhe competir também são fortemente desejáveis para o bom desempenho do encargo. (MONTEIRO, 2010).

A atuação de um pregoeiro que não preenche os requisitos acima elencados pode levar a um comprometimento substancial da racionalidade do processo licitatório, prejudicando de forma contundente as atividades a serem desempenhadas.

Importa dizer, ainda, que o pregoeiro não atua fixamente em todos os pregões realizados. A Lei do Pregão prevê, a cada novo procedimento, a designação específica de um servidor do órgão ou da entidade que promove a licitação para atuar como pregoeiro responsável²⁹.

Também prevista pela Lei nº 10.520/2002, a equipe de apoio possui a função precípua de auxiliar o pregoeiro na condução dos atos do processo, prestando-lhe toda a assistência

²⁹ “Art. 3º. A fase preparatória do pregão observará o seguinte: (...) IV - a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o 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.”

necessária para o bom desempenho das suas funções. Os que os membros da equipe de apoio não possuem função decisória e nem estão aptos a conduzir etapas da licitação, cabendo a estes tão somente servir, com eficiência, ao pregoeiro no momento da sessão. (MONTEIRO, 2010).

O licitante que participar do pregão eletrônico deve atender às exigências, tanto do edital, quanto as procedimentais, cabendo a ele: providenciar o credenciamento do Sistema de Cadastro de Fornecedores (SICAF), remeter no prazo estabelecido a proposta e os seus anexos, observando sempre o envio por meio do sistema, responsabilizar-se pelas transações a ele imputadas, assumindo a veracidade dos lances efetuados, acompanhar as operações no sistema eletrônico, se responsabilizando por problemas técnicos que por ventura o atinja, comunicar ao provedor do certame falhas de segurança ou qualquer outra atividade anormal que comprometa a segurança do processo, utilizar o *login* e a senha de acesso para entrar no sistema e solicitar o cancelamento da chave identificadora ou da senha de acesso por seu próprio interesse. (TOLOSA FILHO, 2012).

3.4.1 Fase interna

A fase interna, também chamada de fase preparatória, compreende os atos requeridos para a abertura do processo licitatório e as suas atividades são realizadas no âmbito interno, com a participação do dirigente responsável por compras e contratações, também chamado de autoridade competente, da unidade administrativa ou área encarregada de serviços gerais e da unidade ou área que origina a demanda pelo processo.

Mediante ato da autoridade competente, que examinará a minuta do edital com os seus anexos, instaura-se o procedimento licitatório do pregão. No entanto, para que isso ocorra é exigida a prévia elaboração de termo de referência, que instruirá o processo. O termo de referência é composto de um ou mais documentos que deverão fundamentar a necessidade da compra ou contratação, especificando o seu objeto e a sua previsão orçamentária. Em seguida, é providenciada a designação do pregoeiro e da sua equipe. (SILVA, 2010).

A despeito do poder discricionário da Administração, que define a oportunidade e conveniência dos seus atos, a Lei do Pregão exige expressamente que o ente público justifique a sua necessidade de contratar³⁰, mesmo nos casos em que a licitação seja dispensada ou

³⁰ Assim dispõe o art. 3º, I, da Lei nº 10.520/2002: “A fase preparatória do pregão observará o seguinte: I – a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de

inexigível. Trata-se de um “freio” que tem por objetivo o equilíbrio e o uso racional dos recursos públicos.

Uma vez justificada a necessidade de contratar, o objeto do pregão deve ser definido, com total observância do disposto na Lei, cuidando para que este esteja corretamente enquadrado no conceito de bens ou serviços comuns. Definido o objeto, parte-se para a fixação de exigências de habilitação necessárias à plena satisfação da necessidade da Administração. Nesse ponto, Tolosa Filho (2012) chama atenção para que tais exigências não sejam demasiadamente direcionadas ou específicas e nem firam os princípios da igualdade e da livre concorrência.

Após a definição do objeto e dos requisitos para a habilitação, o agente público deve definir os critérios para a aceitação das propostas, tais como: prazos de fornecimento, especificações técnicas, prazos de validade das propostas, condições de pagamento, formas de execução do contrato e parâmetros mínimos de desempenho e de qualidade. (TOLOSA FILHO, 2012).

A fase preparatória abrange, ainda, a definição das punições administrativas em caso de descumprimento total ou parcial do contrato³¹, prevendo sanções administrativas por inadimplemento, advertências, suspensão temporária do cadastro de fornecedores, declaração de inidoneidade, valores de multas por atraso ou cumprimento de cláusulas contratuais, entre outras situações em igual sentido.

Esta fase também é marcada por ser o momento da realização da pesquisa que definirá a estimativa de gasto com o objeto a ser licitado, explicitando o preço médio do produto ou do serviço praticado pelo mercado. A partir da coleta dos valores médios, o pregoeiro definirá o preço máximo que a Administração está disposta a pagar pelo objeto da licitação.

Tolosa Filho (2012) afirma que os órgãos de controle externo, exemplo dos Tribunais de Contas, tem entendido pela necessidade de se juntar aos autos do processo pelo menos três orçamentos, a fim de se mensurar a despesa para a aquisição do bem ou serviço pretendido. Frise-se, no entanto, que inexistem exigências neste sentido na Lei de Licitações e na Lei do Pregão.

habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento.”

³¹ Em relação à obrigatoriedade do instrumento contratual, o art. 62, da Lei nº 8.666/93 prevê a possibilidade de sua substituição por outros documentos hábeis, tais quais notas de empenho de despesas, carta-contrato e ordem de fornecimento, desde que o valor do objeto não exceda R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Levantamentos estatísticos, análise de preços e comparativos entre os custos de cada modalidade de licitação podem ser realizados pelo ente público através de sítios eletrônicos oficiais, tais como o Compras Governamentais, o ComprasNet e o da Bolsa Eletrônica de Compras do Estado de São Paulo. Em se tratando de obras e serviços de engenharia, outros parâmetros podem ser utilizados, como por exemplo o SINDUSCON (Sindicato das Indústrias da Construção Civil).

3.4.2 O edital do pregão

O edital é a identidade física da licitação, podendo ser considerado a lei interna do procedimento licitatório. Nele estão publicizados o seu conteúdo, as suas regras e todas as disposições contratuais acordadas entre a Administração e o licitante que vencer o certame. A sua elaboração se baseia integralmente no termo de referência utilizado para instaurar o processo licitatório. O edital deve ser acompanhado, além do termo de referência, da minuta do contrato e da planilha de custos atualizada. (SILVA, 2010).

Em seu conteúdo, o edital deverá contemplar: o objeto da contratação, as condições para a participação do certame, os procedimentos para credenciamento na sessão do pregão, os requisitos de apresentação da proposta de preços e dos documentos de habilitação, os procedimentos para recebimento e abertura dos envelopes com as propostas, os critérios e procedimentos de julgamento das propostas, os requisitos de habilitação do licitante e os critérios para interposição de recursos e para aplicação de sanções administrativas.

Para que seja publicado, é necessário que o edital passe por uma análise e seja devidamente aprovado pelo órgão de assessoramento jurídico do ente público promotor do certame. Tal instrução, que encontra fundamento no parágrafo único do art. 38 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos³², tem por objetivo inibir eventuais ilegalidades ou direcionamentos impertinentes e irrelevantes que maculem o caráter competitivo do processo. (TOLOSA FILHO, 2012).

Fruto da discricionariedade da Administração, o edital deverá sujeitar-se aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

³² “Art. 38. Parágrafo Único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.”. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

A estrita observância dos preceitos legais atua como freio ao poder conferido ao ente público, limitando os aspectos abrangidos pelo edital do pregão.

Não cabe ao edital impor restrições de participação a pessoas físicas ou jurídicas que não estejam enquadradas nas hipóteses previstas na Constituição e nas leis que regem o procedimento. Nesse diapasão, também é descabida qualquer interpretação do pregoeiro ou da comissão de julgamento de licitações que venha a ampliar ou restringir a participação nos certames. (TOLOSA FILHO, 2012).

Entre as questões que não podem ser estipuladas em edital, estão: a exigência de apresentação de garantias de proposta, a fixação de taxa/preço de aquisição do edital pelos licitantes, como condição para participação no certame e a exigência de pagamento de quaisquer outras taxas ou emolumentos, exceto o custo de reprodução gráfica do edital. (SILVA, 2010).

Restrições à participação nas licitações estão previstas na Constituição da República, na Lei nº 8.666/1999 e na Lei nº 10.520/2002. No âmbito constitucional, as proibições atingem senadores, deputados e vereadores, conforme disposição no art. 54, I, *a* e II, *a*³³, cumulado com art. 29, IX³⁴. Esta restrição, por seu turno, está replicada nos textos constitucionais dos estados e nas leis orgânicas dos municípios.

A Lei nº 8.666/1999 adiciona, em seu art. 9º, vedações para licitar e contratar com a Administração Pública em razão da condição das pessoas e em razão de sanções aplicadas aos licitantes e contratados.

No primeiro caso, vela-se pelo princípio da impessoalidade ao impedir que pessoas ou empresas que detenham informações privilegiadas sobre o certame participem do mesmo. Nesse item, incluem-se: o autor do projeto, acionistas, gerentes, dirigentes, empresas controladoras e subcontratadas, entre outros que se enquadrem em situação semelhante. Estão, ainda, proibidos de licitar, consoante o princípio da moralidade: servidores ou dirigentes do

³³ “Art. 54. Os Deputados e Senadores não poderão: I - desde a expedição do diploma: a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes. (...)II - desde a posse: a) ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada.”

³⁴ “Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: (...) IX - proibições e incompatibilidades, no exercício da vereança, similares, no que couber, ao disposto nesta Constituição para os membros do Congresso Nacional e na Constituição do respectivo Estado para os membros da Assembleia Legislativa.”

órgão contratante, membros da comissão de licitações, pregoeiros e membros de equipes de apoio. (TOLOSA FILHO, 2012).

No segundo caso, estão impedidos de participar de licitação as empresas ou pessoas físicas que tenham sido suspensas ou que tenham sido declaradas inidôneas, até que se cumpra o prazo fixado no ato sancionador. Este impedimento também encontra guarida nos incisos III e IV do art. 87 da Lei das Licitações³⁵. Conforme diz Tolosa Filho (2012), as empresas suspensas não podem licitar junto ao órgão que as suspendeu. Já uma empresa declarada inidônea está impedida de participar de certames de quaisquer órgãos que integrem a Administração Pública.

A legislação prevê a aplicação de sanções para as empresas que, mesmo declaradas inidôneas, licitem com a Administração e para os agentes públicos que admitirem a participação de empresas ou profissionais nesta condição. Nesse sentido é o art. 97 da Lei das Licitações e Contratos Administrativos³⁶.

Dado que a legislação que rege às licitações dispõe taxativamente sobre as situações em que é proibida a participação de determinadas empresas ou pessoas físicas nas licitações públicas, não cabe ao agente público fazer uso do seu poder discricionário para acrescentar vedações que já não estejam dispostas no arcabouço legal que fundamenta o procedimento, sob pena de violar os princípios da concorrência e da igualdade.

No que condiz à eventual impugnação do edital, embora a Lei nº 10.520/2002 não traga regramento específico a esse respeito, trata-se de uma situação possível, haja vista que os princípios que regem o processo licitatório asseguram aos participantes e aos particulares em geral a faculdade de manifestação com relação ao certame instaurado. (JUSTEN FILHO, 2005).

³⁵ “Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: (...) III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.”

³⁶ “Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração.”

Ausente uma solução específica para casos de impugnação, entende-se perfeitamente aplicável o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 41 da Lei nº 8.666/1993³⁷, que além de reforçar o caráter vinculante do edital, disciplina a forma e os prazos para reivindicação sobre irregularidades encontradas no mesmo. (MONTEIRO, 2010).

3.4.3 Fase externa

Nesta etapa, também denominada de fase pública ou de fase licitatória, concentram-se os atos referentes à disputa e escolha da proposta vencedora, se desenvolvendo, sobretudo, na sessão pública do pregão. Monteiro (2010) divide a fase externa em seis etapas internas, sendo elas: fase inicial, fase de julgamento, fase de habilitação, fase de recursos, fase de adjudicação e fase de homologação.

A fase inicial se refere à abertura da competição, quando se procederá com o credenciamento dos presentes e com o recebimento dos envelopes contendo as propostas dos mesmos, quando tratar-se do certame na forma presencial. Quando se referir à forma eletrônica, conforme preconiza o art. 21 do Decreto nº 5.450/2005, os licitantes deverão encaminhar as suas propostas ao pregoeiro, exclusivamente por meio da internet, até o momento previsto para a abertura da sessão.

Uma vez aberta, a aceitabilidade das propostas é analisada, sendo desclassificadas as que não atenderem às formalidades essenciais³⁸. Isso deve-se ao fato de que a Administração não está obrigada a receber todas as propostas indistintamente, devendo antes verificar se estas são consonantes com o edital³⁹ e se os preços estão dentro dos parâmetros medianos praticados pelo mercado. Eliminadas as proposituras reputadas irregulares, o sistema de

³⁷ “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. § 2º. Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).”.

³⁸ Para Monteiro (2010), as formalidades essenciais do pregão, de modo geral, envolvem, ainda, a comprovação de que o representante da empresa participante possui poderes necessários para a prática dos atos relacionados ao certame e a apresentação de declaração, feita pelo proponente, cientificando o promotor da licitação de que cumpre os requisitos de habilitação.

³⁹ Assim dispõe o art. 22, § 2º do Decreto nº 5450/2005: “O pregoeiro verificará as propostas apresentadas, desclassificando aquelas que não estejam em conformidade com os requisitos estabelecidos no edital.”.

gerenciamento do pregão eletrônico reorganizará as demais, que participarão da fase dos lances. (NIEBUHR, 2014).

Na fase de julgamento torna-se visível uma das características essenciais do pregão, que é a inversão de fases procedimentais. Como já ventilado anteriormente, nesta modalidade o julgamento precede a habilitação, o que se traduz em significativos ganhos em agilidade, celeridade e eficiência nas contratações a ela submetidas.

O filtro feito na fase inicial em relação às formalidades essenciais, que devem ser preenchidas pelos participantes do certame, é objetivo e rápido, não comprometendo o início do processo. Já em relação à análise dos requisitos habilitatórios, que demandam maior acuracidade, esta se dará apenas em relação ao proponente vencedor, dispensando as verificações que não sejam estritamente necessárias para o momento. (MONTEIRO, 2010).

O cerne da competição entre os proponentes se inicia de fato com a apresentação dos lances, cuja sistemática está regida pelo art. 24 do Decreto nº 5450/2005, sobretudo dos parágrafos 1º ao 5º.

No pregão eletrônico, é obrigatória a submissão dos lances através da internet, o que exclui, de plano, outras formas de apresentação dos mesmos. Tal imposição também sugere que a existência de problemas técnicos isolados envolvendo o acesso ao sistema eletrônico impossibilita o interessado de participar do certame.

Os lances são recebidos e registrados de forma imediata, mantendo os licitantes cientes em tempo real sobre o valor dos mesmos. Essa informação é fundamental para o funcionamento do mecanismo, posto que novos lances menores poderão ser dados de forma sucessiva e fluida, a qualquer tempo, enquanto perdurar a fase competitiva. Importa ressaltar que não existe ordem de preferência para a apresentação dos lances, sendo livre a disputa entre todos. (NIEBUHR, 2015).

Em que pese a publicidade quanto ao valor de cada lance, o § 5º do art. 24 do mesmo decreto veda a identificação do licitante que o fizer, de modo que cada participante saiba o lance que foi dado, sem a possibilidade de fazer associações a alguém. Para Niebuhr (2015), essa medida deve ser rigorosamente observada, como forma de evitar que haja possíveis conluís e arranjos anti-concorrenciais entre participantes.

Encerrada a etapas dos lances, passará o pregoeiro a analisar a aceitabilidade das propostas em relação ao preço, podendo desclassificar propostas inexequíveis, de forma motivada. Monteiro (2010) observa a necessidade de se desclassificar propostas nesse sentido

apenas ao fim da etapa dos lances, a fim de evitar que o pregoeiro estabeleça uma espécie de preço mínimo, o que é vedado pela Lei das Licitações⁴⁰, que, como sabido, aplica-se subsidiariamente ao Pregão Eletrônico.

Com o término da etapa de lances da sessão pública inicia-se a possibilidade de negociação entre o pregoeiro e o licitante que tenha apresentado o lance mais vantajoso, de modo que a melhor proposta seja assim obtida. Deverá ser observado o critério de julgamento, não podendo a transação extrapolar os limites definidos em edital. Esta previsão encontra fundamento no art. 24, § 8º, do Decreto nº 5.450/2005.

Caso o pregoeiro entenda que o proponente vencedor pratica preços acima da média do mercado, definindo como inexequível a sua proposta, deverá, observando o disposto no art. 24, § 5º, do Decreto nº 5450/2005, analisar a oferta subsequente e, assim sucessivamente na ordem de classificação, até que encontre uma que atenda aos requisitos exigidos. Tolosa Filho (2012) afirma, ainda, que havendo empate entre dois ou mais participantes, deverá ser feito sorteio a fim de definir a classificação. No caso de todos os preços serem reputados impraticáveis, o pregoeiro deverá desclassificar as propostas, declarando a frustrada a licitação.

Definida a proposta vencedora e examinados os requisitos quanto à compatibilidade de preço, será verificada a habilitação do licitante, conforme as disposições do edital. Os requisitos de habilitação concernentes à documentação são objetivos e podem ser encontrados no art. 14, do Decreto nº 5.450/2005⁴¹.

⁴⁰ O art. 40, X, da Lei nº. 8.666/1993 assim dispõe sobre a fixação de preço mínimo: “O edital conterà 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: (...) X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48.”

⁴¹ “Art. 14. Para habilitação dos licitantes, será exigida, exclusivamente, a documentação relativa: I - à habilitação jurídica; II - à qualificação técnica; III - à qualificação econômico-financeira; IV - à regularidade fiscal com a Fazenda Nacional, o sistema da seguridade social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS; V - à regularidade fiscal perante as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso; e VI - ao cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição e no inciso XVIII do art. 78 da Lei nº 8.666, de 1993. Parágrafo único. A documentação exigida para atender ao disposto nos incisos I, III, IV e V deste artigo poderá ser substituída pelo registro cadastral no SICAF ou, em se tratando de órgão ou entidade não abrangida pelo referido Sistema, por certificado de registro cadastral que atenda aos requisitos previstos na legislação geral.”

A Lei do Pregão, por seu turno, atribui ao edital a determinação dos documentos relacionados à habilitação jurídica, qualificação técnica e econômico-financeira⁴², o que, por associação, confere aos agentes administrativos o poder de definir quais os documentos pertinentes devem ser exigidos. (NIEBUHR, 2015).

Os documentos necessários devem ser encaminhados por meio eletrônico⁴³, devendo, posteriormente, serem apresentados em original ou através de fotocópia autenticada. Em que pese esta responsabilidade estar atrelada ao licitante, Niebuhr (2015) observa que o próprio pregoeiro poderá verificar certos requisitos do proponente vencedor através de *sites* oficiais de órgãos e entidades emissoras de certidões.

O detido exame da documentação ou mesmo a consulta ao Cadastro de Fornecedores podem resultar na inabilitação do vencedor do certame. Neste caso, o pregoeiro deverá proceder com o exame da habilitação do segundo colocado, conforme a classificação e assim sucessivamente, até que encontre um licitante que se enquadre nos requisitos exigidos para a habilitação. O licitante que tiver apresentado proposta classificada de menor preço e que tenha sido devidamente habilitado será declarado o vencedor da fase competitiva do pregão⁴⁴. (SILVA, 2010).

Cumprido salientar que os licitantes poderão acompanhar e fiscalizar os documentos apresentados pelos seus concorrentes, o que confere transparência ao procedimento de habilitação e possibilita o fornecimento de subsídios para os proponentes que desejarem ingressar com recursos contra o vencedor.

Com previsão legal no art. 26 do Decreto Federal nº 5.450/2005, o direito de recurso é garantido a qualquer participante que assim desejar fazer e deve ser exercido assim que for declarado o vencedor da etapa habilitatória. Caso não haja manifestação imediata, com a devida explanação dos motivos, restará precluso tal direito, havendo a consequente a adjudicação pelo pregoeiro.

⁴² “Art. 4º. A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras: (...) XIII - a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira.”

⁴³ O art. 25 do Decreto nº 10.520/2005 prevê a remessa prévia dos documentos via fax. No entanto, dada a pouca usabilidade do equipamento nos dias atuais, autores como Joel de Menezes Niebuhr propõem, para fins de equiparação à tecnologia hodierna, o envio através de endereço eletrônico ou mesmo a digitalização com posterior autenticação digital.

⁴⁴ A utilização desta terminologia ainda na fase de habilitação deve ser feita com parcimônia, uma vez que o processo licitatório ainda não foi encerrado, faltando as fases recursais, de adjudicação e de homologação. Daí a adoção de “vencedor da fase competitiva do pregão eletrônico” em vez de “vencedor do pregão eletrônico”.

Manifestada a intenção de recorrer, será concedido o prazo de 03 (três) dias para apresentação das razões recursais, ficando já intimados os demais para ofertarem, caso queiram, contrarrazões ao recurso, em igual prazo, contado a partir do final do prazo do recorrente. Ambas as manifestações deverão ser feitas em campo específico do sistema, via *internet*.

Sobre a delimitação dos atos que serão invalidados após o deferimento do recurso, assim diz Silva:

A decisão sobre recurso será instruída por parecer do pregoeiro e homologada pela autoridade competente responsável pela licitação. O acolhimento do recurso implica tão somente na invalidação daqueles atos que não sejam passíveis de aproveitamento. (SILVA, 2010, p. 80).

Uma vez julgado o recurso ou não havendo manifestação fundamentada do licitante quanto à intenção de recorrer, caso em que se esvai o direito recursal, fica o pregoeiro livre para adjudicar o objeto ao licitante vencedor, conforme disposto no art. 26, § 1º, do Decreto do Pregão Eletrônico.

A adjudicação é o ato através do qual a Administração reconhece publicamente que a proposta escolhida está de acordo, tanto com as exigências legais, quanto com aquelas postuladas no edital. Com ela, a comissão licitatória atesta o encerramento do seu trabalho, os demais licitantes ficam liberados das suas propostas e é gerada a expectativa de contratação para o proponente vencedor, agora adjudicatário.

De acordo com o Decreto nº 5.450/2005, a adjudicação pode ser realizada de duas formas. Primeiro, caso não haja interesse de recurso e o direito a este se esgote, o § 1º do art. 26 do referido decreto afirma que “fica o pregoeiro autorizado a adjudicar o objeto ao licitante declarado vencedor”. Por sua vez, caso haja recursos, uma vez decididos e constatada a regularidade dos atos praticados, o art. 27 do Decreto do Pregão Eletrônico define que “a autoridade competente deve proceder a adjudicação e homologação.”.

Niebuhr (2015) observa que caso o recurso interposto seja deferido é possível que alguns atos dos pregoeiros sejam invalidados, devendo ser refeitos pelo mesmo. Neste caso, uma vez repetidos, abrir-se-á uma nova fase recursal, seguida dos trâmites legais para a adjudicação e homologação, nos mesmos moldes já relatados.

Após a adjudicação, se seguirá a última etapa do procedimento licitatório, qual seja: a homologação do resultado final e a assinatura do contrato. Este procedimento deverá ser realizado pela autoridade competente e, uma vez concretizado, o adjudicatário será convocado para a assinatura do contrato no prazo definido no edital, conforme previsão do art. 4º, XXII, da Lei nº 10.520/2002.

Caso haja recusa do adjudicatário em honrar com a sua proposta, já devidamente homologada, a Administração poderá convocar os demais licitantes, observando rigorosamente a ordem de classificação, para que cumpram com as suas propostas, que seguem válidas por um período de 60 dias, se outro não estiver fixado no edital. Desta feita, ocorrerá o reinício das atividades homologatórias, com todos os seus trâmites pertinentes e subsequentes. (MONTEIRO, 2010).

O licitante vencedor que se recusar a celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, provocar o atraso da execução do objeto, alterar a proposta já firmada, falhar ou fraudar a execução do contrato ou comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, sofrerá as penalidades previstas no art. 7º, da Lei do Pregão⁴⁵, ficando, inclusive, impedido de licitar e contratar com a Administração Pública pelo prazo de 05 (cinco) anos.

Por outro lado, poderá ocorrer o desfazimento da licitação pública pela própria Administração. O art. 29, do Decreto do Pregão Eletrônico, preceitua que um procedimento licitatório só poderá ser revogado pela autoridade competente em caso de interesse público, por motivo superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar a conduta. Neste caso, deverá ser anulado por ilegalidade, de ofício ou por provocação de qualquer pessoa, devendo sempre ser feito por escrito e de forma fundamentada.

Caso, ao tempo da anulação da licitação pública, o contrato já tiver sido firmado, este também deverá ser anulado, conforme disposição do art. 29, § 1º, do já referido decreto. Importa também pontuar que a anulação do procedimento pela Administração não gera direito

⁴⁵ “Art. 7º. Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no SICAF, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.”

à indenização dos licitantes afetados, ressalvado o direito do contratado de boa-fé de ser ressarcido por encargos atinentes ao cumprimento do contrato.

4 O PREGÃO ELETRÔNICO NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO

O pregão enquanto modalidade licitatória começou a ser utilizado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão no ano de 2004, ocasião em que foi editada a Resolução nº 01, estabelecendo normas e procedimentos para aquisição de bens e serviços comuns no âmbito do Poder Judiciário. A referida resolução sujeita-se à Lei nº 10.520/2002, aplicando-se subsidiariamente a Lei nº 8.666/1993.

A “Resolução do Pregão” replica textos legais encontrados na Lei das Licitações, estabelecendo que o pregão deve atender aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da eficiência, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da celeridade, da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da competitividade, do preço justo, da seletividade, bem como da comparação objetiva das propostas, e as normas que disciplinam essa espécie de licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse público, a finalidade, a transparência e a segurança da contratação.

A Resolução do Judiciário Maranhense versa também sobre a equipe que irá compor pregão, com suas atribuições; o objeto a ser licitado, que deverá ser definido de forma precisa, suficiente e clara, sendo proibidas as especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias; bem como a fase externa da licitação, com suas regras e desdobramentos até a adjudicação do objeto da licitação ao vencedor e assinatura do contrato.

Destaca-se, ainda, que além da possibilidade de realização do certame na forma presencial, a citada norma, em seu artigo 1º, § 6º, prevê expressamente que o pregão poderá ser realizado utilizando-se recursos de tecnologia da informação, devendo observar a regulamentação específica para a modalidade. Com isso, mais uma vez disciplina assuntos internos reverberando textos legais.

Atualmente, as licitações no Tribunal de Justiça do Maranhão (TJMA) são realizadas pela Coordenadoria de Licitação e Contratos, estando esta subordinada à Diretoria Administrativa. A equipe que a compõe é multidisciplinar, fazendo parte dela bacharéis em Direito, Administração, Economia, especialistas em Gestão Pública, em Direito Administrativo e em outras habilidades e competências requeridas para o pleno exercício das atividades ali desenvolvidas.

4.1 Metodologia da coleta de dados

A coleta de dados para a realização desta pesquisa se fez por três maneiras. Primeiramente, foi utilizada a base de dados Compras Governamentais. Trata-se de uma plataforma disponibilizada pelo Governo Federal, através do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, pela qual os órgãos públicos a ela vinculados podem realizar o processo eletrônico de aquisição de bens e serviços.

Através desse sítio, as informações gerais e específicas sobre as licitações, os fornecedores e as contratações efetivadas pela Administração Pública são disponibilizadas à sociedade em geral, conferindo transparência em todas as etapas do procedimento.

Em atenção especial ao Pregão Eletrônico, também foi utilizada a página ComprasNet, igualmente gerida pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Nela são encontradas informações detalhadas sobre os certames realizados pelo Tribunal de Justiça do Maranhão, incluindo a discriminação dos itens licitados, os valores dos lances e os fornecedores participantes, assim como as datas e os horários de todos os eventos do procedimento.

Também foram utilizadas informações constantes na base de dados do TJMA, que possui, além de informações sobre os pregões eletrônicos realizados, dados sobre o vulto das licitações, em todas as modalidades, realizadas desde 2011, quando tais dados começaram a ser compilados pela Coordenadoria de Licitações e Contratos deste órgão.

Para que as considerações fossem mais precisas e alinhadas à realidade, foram utilizados somente os processos licitatórios devidamente adjudicados e homologados, excluindo-se aqueles que foram desertos, anulados ou revogados. Uma vez que se buscou analisar a celeridade e a economicidade, necessário que só compusesse o levantamento os certames com efetivo dispêndio para a Administração.

Foram apresentados dados relativos ao primeiro ano de utilização do pregão eletrônico, como forma de demonstrar o impacto inicial causado pela modalidade, bem como dados mais abrangentes e pulverizados, relativos a todos os anos, de forma que os resultados fossem vistos de forma sistêmica e contextualizada.

Posteriormente, se trouxe o estudo dos dados relativos aos biênios de 2014-2015, 2016-2017 e também aos cinco primeiros meses de 2018, para que as considerações estivessem atualizadas, correspondendo à atual situação encontrada no órgão estudado.

Os dados levantados foram dispostos em planilhas, sendo posteriormente transformados em gráficos e tabelas, de forma que a visualização fosse mais clara e objetiva. Após, os dados foram tratados e foram realizadas análises comparativas entre os resultados práticos encontrados e os aspectos teóricos abordados nos dois primeiros capítulos deste trabalho monográfico.

4.2 Análise de dados

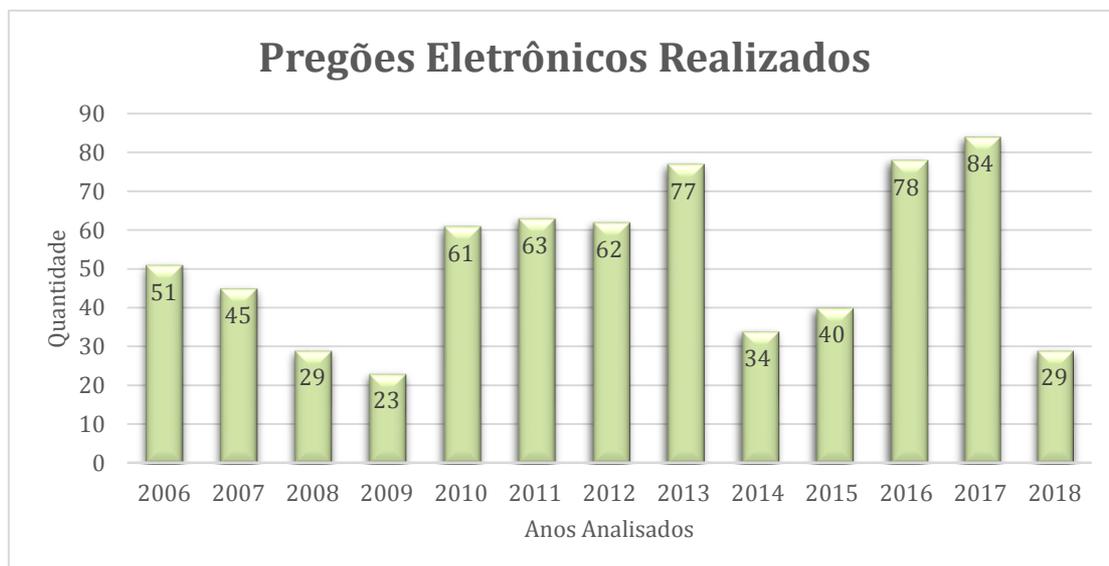
É costumeira a realização de licitações pelo Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, a fim de suprir as suas necessidades de aquisição de bens e de contratação de serviços. Em se tratando de pregão eletrônico é notória a crescente adesão do órgão a esta modalidade, conforme será demonstrado a seguir.

De acordo com informações obtidas pela Assessoria de Comunicação, em matéria divulgada no sítio eletrônico do TJMA, o primeiro certame na modalidade pregão eletrônico aconteceu em 20 de março de 2006, em uma sessão inaugural suportada pelo sistema ComprasNet. Na ocasião, o processo foi conduzido pela Juíza de Direito Mirella César Freitas, que à época exercia a função de pregoeira oficial.

Desde que foi implantado no âmbito do Poder Judiciário Maranhense até junho de 2018 ano foram realizados 676 pregões eletrônicos⁴⁶, distribuídos conforme o gráfico a seguir:

⁴⁶ O levantamento parcial referente ao ano de 2018 considerou as licitações realizadas até o final do mês de maio. O último certame incluído na contagem foi o pregão eletrônico nº 29/2018, ocorrido em 22 de maio do referido ano.

Gráfico 1 – Pregões realizados no TJMA, 2006-2018.



Fonte: Dados da pesquisa.

Preliminarmente, é possível observar que o pregão eletrônico teve forte aceitação no Tribunal de Justiça do Maranhão desde o seu primeiro ano de implantação, quando foram realizados 51 certames nesta configuração, abrangendo a compra dos mais diversos itens, como combustíveis, equipamentos de informática, gêneros alimentícios não perecíveis e materiais de expediente.

As oscilações bienais observadas no gráfico 1 em relação ao número de pregões eletrônicos realizados refletem as características gerenciais de cada administração e a situação financeira do órgão à época, não tendo relação com a natureza da modalidade de forma exclusiva.

Logo no primeiro pregão eletrônico da história do TJMA, em 2006, ocasião em que se objetivou a compra de identificadores biométricos digitais para a implantação do ponto eletrônico em todos os setores do órgão, é possível identificar diversos aspectos teóricos apresentados nos capítulos anteriores. Tais aspectos se mostraram lineares nos anos seguintes, firmando o entendimento de que se trata de uma característica da modalidade.

A ata nº 001/2006⁴⁷ informa que às 10h32 do dia 16 de março de 2006, reuniram-se a pregoeira oficial do TJMA e os respectivos membros da equipe de apoio para declarar aberta a sessão pública em atendimento aos requisitos previstos no edital, divulgando as propostas recebidas e abrindo a fase de lances para a classificação dos licitantes.

⁴⁷ As atas dos pregões eletrônicos realizados pelo TJMA estão disponibilizadas na íntegra no sítio ComprasNet, cuja referência completa se encontra ao final deste trabalho.

A necessidade da instituição era a compra de 541 identificadores biométricos digitais, do tipo controle de acesso, exaustivamente descritos em edital, para a qual foi estimado o valor de R\$ 443,34 (quatrocentos e trinta e quatro reais) a unidade. O valor estimado foi definido após um levantamento dos preços médios praticados no mercado, realizado pela equipe condutora do certame.

Na fase de apresentação de propostas, 10 empresas, das mais diversas localidades, se manifestaram, com valores unitários que foram de R\$ 2.164,00 (dois mil, cento e sessenta e quatro reais) a R\$ 205,58 (duzentos e cinco reais e cinquenta e oito centavos). Somente no âmbito das propostas, foi observada uma oscilação de preço de mais de 500% entre os concorrentes, quando comparados com o valor estimado.

Na fase seguinte, o certame obteve 68 lances, o que permite constatar uma forte concorrência entre os licitantes competidores, iniciando-se pelo valor de R\$ 425,00 (quatrocentos e vinte e cinco reais) e encerrando-se por R\$ 172,00 (cento e setenta e dois reais), pouco mais de 55 minutos após o seu início.

A proposta individual aceita foi devidamente habilitada e, preenchidas as exigências legais e sem recursos propostos, foi igualmente adjudicada e homologada pela autoridade competente.

Com relação à localização geográfica das empresas participantes no certame em comento, o primeiro pregão eletrônico do TJMA contou com a presença de concorrentes de cinco estados diferentes da federação, estando o vencedor sediado em Brasília/DF, o que demonstra na prática a quebra de barreiras físicas trazidas por essa modalidade licitatória.

Quando comparados os valores estimados e adjudicados, o pregão eletrônico nº 001/2006 se encerrou trazendo uma economia de 61,20% para o erário. Grande parte do sucesso do processo pode ser atribuído à competitiva dinâmica de lances e à ampla concorrência permitida pelo pregão na forma eletrônica.

Além da economicidade e da ampla concorrência percebida, o pregão eletrônico nº 001/2006 se mostrou também um processo célere. O intervalo entre a abertura e o encerramento do item foi inferior a uma hora e o aceite da proposta e habilitação ocorreram poucas horas após a abertura da sessão, conforme demonstrado na tabela a seguir:

Quadro 1 – Exemplo de abertura e fechamento de um pregão eletrônico no TJMA.

Eventos do Item		
Evento	Data	Observações
Aberto	16/03/2006 10:44:48	Item aberto.
Iminência de Encerramento	16/03/2006 11:06:28	Batida iminente. Data/hora iminência: 16/03/2006 11:11:28.
Encerrado	16/03/2006 11:33:43	Item encerrado
Aceite	16/03/2006 16:43:58	Aceite individual da proposta. Fornecedor: TECNOPONTO TECNOLOGIA AVANCADA EM CONTROLE DE PONTO E A, CNPJ/CPF: 77.800.407/0001-28, Menor Lance: R\$ 172,0000
Habilitado	16/03/2006 16:45:02	Habilitação individual da proposta. Fornecedor: TECNOPONTO TECNOLOGIA AVANCADA EM CONTROLE DE PONTO E A, CNPJ/CPF: 77.800.407/0001-28, Menor Lance: R\$ 172,0000

Fonte: *site* ComprasNet.

Embora o intervalo entre a abertura da sessão, o encerramento do item e a habilitação da proposta geralmente seja célere no pregão eletrônico, como dito alhures, nem sempre é possível que a execução de todos esses atos ocorra em apenas um dia, como foi o caso do pregão eletrônico nº 001/2006.

Por algumas vezes os fornecedores selecionados e convocados não atendem aos requisitos objetivos elencados no edital específico, obrigando o pregoeiro a realizar nova chamada para avaliação da proposta. Este processo se repete até que um concorrente alcance a habilitação e haja o consequente aceite pela autoridade administrativa. Foi o que ocorreu no pregão nº. 001/2016, senão vejamos:

Quadro 2 – Exemplo de abertura e fechamento de um pregão eletrônico no TJMA.

Eventos do Item		
Evento	Data	Observações
Aberto	08/03/2016 10:26:52	Item aberto.
Iminência de Encerramento	08/03/2016 10:50:28	Batida iminente. Data/hora iminência: 08/03/2016 10:51:28.
Encerrado	08/03/2016 11:00:03	Item encerrado
Abertura do prazo de Convocação - Anexo	08/03/2016 11:50:31	Convocado para envio de anexo o fornecedor V B N MARREZ EIRELI - ME, CNPJ/CPF: 20.853.282/0001-87.
Encerramento do prazo de Convocação - Anexo	08/03/2016 13:44:36	Encerrado o prazo de Convocação de Anexo pelo fornecedor V B N MARREZ EIRELI - ME, CNPJ/CPF: 20.853.282/0001-87.
Abertura do prazo de Convocação - Anexo	08/03/2016 14:52:33	Convocado para envio de anexo o fornecedor F. M. DA SILVA NETO - ME, CNPJ/CPF: 11.713.048/0001-63.

Encerramento do prazo de Convocação - Anexo	08/03/2016 17:05:20	Encerrado o prazo de Convocação de Anexo pelo fornecedor F. M. DA SILVA NETO - ME, CNPJ/CPF: 11.713.048/0001-63.
Recusa	09/03/2016 13:02:05	Recusa da proposta. Fornecedor: V B N MARREZ EIRELI - ME, CNPJ/CPF: 20.853.282/0001-87, pelo melhor lance de R\$ 49,0000. Motivo: Conforme Parecer emitido pelo setor competente: "a proposta não atende as especificações do edital, pois apresentou marca divergente da de referência, sem o envio de laudo de análise técnica", portanto, descumprindo o disposto no ITEM 5.1 do Termo de Referência.
Recusa	09/03/2016 13:09:21	Recusa da proposta. Fornecedor: F. M. DA SILVA NETO - ME, CNPJ/CPF: 11.713.048/0001-63, pelo melhor lance de R\$ 50,7000. Motivo: Motivo da Recusa: Conforme Parecer emitido pelo setor competente: "a proposta não atende as especificações do edital, pois apresentou marca divergente da de referência, sem o envio de laudo de análise técnica", portanto, descumprindo o disposto no ITEM 5.1 do Termo de Referência.
Abertura do prazo de Convocação - Anexo	09/03/2016 13:41:08	Convocado para envio de anexo o fornecedor E SOARES COMERCIO E SERVICOS - ME, CNPJ/CPF: 22.052.338/0001-20.
Encerramento do prazo de Convocação - Anexo	10/03/2016 10:00:57	Encerrado pelo Pregoeiro o prazo de Convocação de Anexo do fornecedor E SOARES COMERCIO E SERVICOS - ME, CNPJ/CPF: 22.052.338/0001-20.
Abertura do prazo de Convocação - Anexo	10/03/2016 10:01:38	Convocado para envio de anexo o fornecedor TEREZINHA DE JESUS OLIVEIRA CUTRIM - ME, CNPJ/CPF: 18.701.121/0001-26.
Recusa	10/03/2016 17:12:04	Recusa da proposta. Fornecedor: E SOARES COMERCIO E SERVICOS - ME, CNPJ/CPF: 22.052.338/0001-20, pelo melhor lance de R\$ 65,0000. Motivo: Por descumprimento do ITEM 7.9.1 do edital: "O não envio da PROPOSTA pelo LICITANTE no prazo estabelecido implicará desclassificação do LICITANTE e decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções legais cabíveis, cabendo ao(à) PREGOEIRO(A) convocar os LICITANTES na ordem remanescente..
Encerramento do prazo de Convocação - Anexo	10/03/2016 17:12:49	Encerrado pelo Pregoeiro o prazo de Convocação de Anexo do fornecedor TEREZINHA DE JESUS OLIVEIRA CUTRIM - ME, CNPJ/CPF: 18.701.121/0001-26.
Recusa	10/03/2016 17:13:39	Recusa da proposta. Fornecedor: TEREZINHA DE JESUS OLIVEIRA CUTRIM - ME, CNPJ/CPF: 18.701.121/0001-26, pelo melhor lance de R\$ 73,0000. Motivo: Por descumprimento do ITEM 7.9.1 do edital: "O não envio da PROPOSTA pelo LICITANTE no prazo estabelecido implicará desclassificação do LICITANTE e decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções legais cabíveis, cabendo ao(à) PREGOEIRO(A) convocar os LICITANTES na ordem remanescente.
Abertura do prazo de Convocação - Anexo	11/03/2016 09:49:12	Convocado para envio de anexo o fornecedor J.L.DISTRIBUIDORA DE PAPEIS LTDA - ME, CNPJ/CPF: 05.114.362/0001-27.
Encerramento do prazo de Convocação - Anexo	11/03/2016 11:52:08	Encerrado o prazo de Convocação de Anexo pelo fornecedor J.L.DISTRIBUIDORA DE PAPEIS LTDA - ME, CNPJ/CPF: 05.114.362/0001-27.
Aceite	11/03/2016 15:11:37	Aceite individual da proposta. Fornecedor: J.L.DISTRIBUIDORA DE PAPEIS LTDA - ME, CNPJ/CPF: 05.114.362/0001-27, pelo melhor lance de R\$ 73,4300.
Abertura do prazo de Convocação - Anexo	11/03/2016 15:32:15	Convocado para envio de anexo o fornecedor J.L.DISTRIBUIDORA DE PAPEIS LTDA - ME, CNPJ/CPF: 05.114.362/0001-27.
Encerramento do	11/03/2016	Encerrado o prazo de Convocação de Anexo pelo fornecedor

prazo de Convocação - Anexo	16:27:22	J.L.DISTRIBUIDORA DE PAPEIS LTDA - ME, CNPJ/CPF: 05.114.362/0001-27.
Habilitado	15/03/2016 10:24:19	Habilitação em grupo de propostas. Fornecedor: J.L.DISTRIBUIDORA DE PAPEIS LTDA - ME - CNPJ/CPF: 05.114.362/0001-27

Fonte: *site* ComprasNet.

Na sessão detalhada acima, nota-se que alguns fornecedores tiveram as suas propostas recusadas por não atenderem às especificações exigidas no edital e por ofertarem produtos de marcas diferentes das elencadas como referência, sem apresentarem o laudo de análise técnica, o que é imprescindível nestes casos. Outro fornecedor foi desclassificado por não apresentar a proposta em tempo hábil.

Por conta de tais intercorrências, o processo que havia durado algumas horas no pregão eletrônico nº 001/2006 se estendeu por sete dias no certame nº 001/2016. Além da inaptidão e da inércia de alguns fornecedores, a interposição de recursos também pode fazer com que o procedimento demore mais tempo que o habitual para ser concluído.

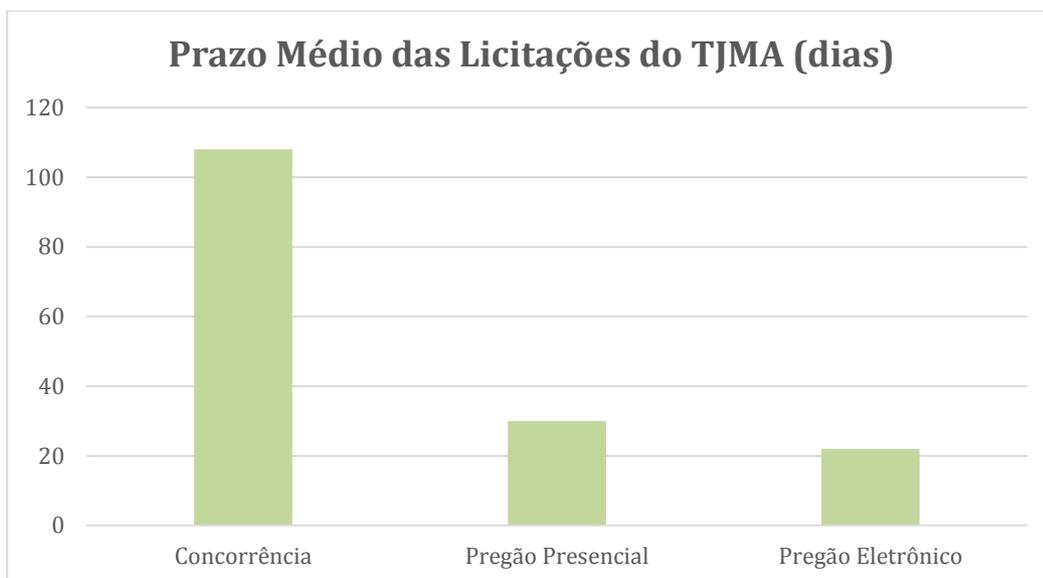
Importa dizer que, em que pesem as possíveis perturbações que venha a sofrer, ainda assim as sessões do pregão eletrônico representam uma relevante economia de tempo, sobretudo quando comparadas a sessões de pregões presenciais e das modalidades licitatórias tradicionais previstas na Lei nº 8.666/1993.

A inversão de fases existente no pregão é a responsável por grande parte da agilidade do processo, já que a análise da habilitação fica restrita ao licitante vencedor. Na concorrência, por exemplo, malgrado não serem os mesmos objetos, o processo demanda um tempo maior para a verificação dos requisitos e para a própria condução do processo, implicando na realização de mais de uma sessão para a sua conclusão.

Em um estudo realizado por Coutinho et al (2013), que se valeu de dados fornecidos pelo sistema de licitações do Banco do Brasil, constatou-se que a duração de um pregão eletrônico, desde a publicação do edital até a homologação do resultado pela autoridade competente, é até cinco vezes menor do que a de uma concorrência e cerca de 25% menor que a de um pregão presencial.

No âmbito do Tribunal de Justiça, a mesma conclusão pode ser percebida. Através de dados fornecidos pela Coordenadoria de Licitações e Contratos daquele órgão, é possível observar a celeridade do pregão eletrônico quando comparado com as outras modalidades licitatórias utilizadas, conforme se observa no gráfico abaixo:

Gráfico 2 – Prazo médio das licitações do TJMA, 2014-2015.



Fonte: Dados da pesquisa.

No intervalo levantado⁴⁸, o tempo médio levado para concluir uma concorrência, desde a publicação do aviso de licitação na imprensa oficial até a homologação do certame foi de 108 dias, ao passo que o pregão presencial levou 30 dias e o pregão eletrônico apenas 22 dias.

A extrema discrepância encontrada entre as modalidades é um dos principais pontos que fazem do pregão uma forma inovadora de realizar compras públicas, já que o seu propósito é exatamente o de propiciar um processo eficiente, célere e com preço competitivo. E em se tratando de pregão, o eletrônico ainda se sobressai neste aspecto, por conta do uso da tecnologia de informação.

Reitera-se que o pregão eletrônico obedece aos mesmos procedimentos do pregão presencial, com a convocação dos licitantes, julgamento e classificação das propostas, habilitação do vencedor, adjudicação e homologação. A diferença entre ambos reside apenas na metodologia utilizada, já que o eletrônico se vale de recursos de tecnologia e comunicação através da internet, o que por si mesmo já confere maior rapidez à sua tramitação.

⁴⁸ Para este levantamento foram utilizados os dados referentes ao biênio 2014-2015. Até a data de fechamento deste trabalho monográfico, os comparativos relacionados ao biênio 2016-2017 ainda não haviam sido compilados por completo e divulgados ao público pelo órgão estudado.

Direcionando a leitura de dados para o biênio 2014-2015, temos que dos 74 pregões realizados, 64 se deram na forma eletrônica, totalizando 86,5% do total dos certames realizados. Ano a ano, assim ficaram distribuídos:

Tabela 1 – Distribuição dos pregões realizados pelo TJMA.

Distribuição dos Pregões realizados entre 2014 e 2015

	PE	PP	TOTAL	% PE
2014	34	4	38	89,47
2015	40	6	46	86,95

Fonte – Dados da pesquisa.

Já em relação ao biênio 2016-2017 e aos cinco primeiros meses de 2018, objetivando traçar um cenário mais recente sobre as aquisições de bens e serviços do TJMA, temos que dos 199 pregões realizados, apenas oito foram feitos de forma presencial, representando cerca de 4% do total dos certames realizados. Ano a ano, assim ficaram distribuídos:

Tabela 2 – Distribuição dos pregões realizados pelo TJMA.

Distribuição dos Pregões realizados entre 2016 e 2018

	PE	PP	TOTAL	% PE
2016	78	4	82	95,12
2017	84	4	88	95,45
2018	29	0	29	100,00

Fonte – Dados da pesquisa.

Com base nos dados expostos nas tabelas 1 e 2, é possível notar um aumento proporcional na utilização do pregão eletrônico entre as gestões levantadas. Enquanto em 2014-2015 a porcentagem de pregões presenciais oscilava de 10% e 13% do total dos pregões realizados, em 2016 -2017 esse número caiu para cerca de 5% e nos cinco primeiros meses de 2018 chegou a zero. Ou seja, de janeiro até o final de maio de 2018 todos os pregões realizados pelo TJMA foram eletrônicos.

Destarte, o TJMA demonstra claro cumprimento ao estabelecido pelo art. 4º do Decreto nº 5.450/2005, que diz: “Art. 4º. Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica.”.

Trata-se de um dever da Administração a busca por um processo licitatório mais eficiente e, por esta razão, o pregão eletrônico deve ser considerado a regra, sendo dispensado apenas em casos que justifiquem a sua inviabilidade.

O avanço da tecnologia e a necessidade de se obter resultados mais rápidos e com mais eficiência farão com que as licitações sejam realizadas cada vez mais sob a forma eletrônica. Para Niebuhr (2015), o pregão foi a experiência pioneira nesse sentido, devendo a forma eletrônica alcançar as demais modalidades em um futuro cada vez mais próximo, o que possibilitará a redução da burocracia e o aumento do desempenho da máquina pública de forma geral.

Sobre os oito pregões presenciais realizados no intervalo de 2016 a 2018, é relevante mencionar que se referem majoritariamente à contratação de serviços locais, sendo estes: concessões de espaços no Fórum Desembargador Sarney Costa para instalações de lanchonete, cafeteria, restaurante e livraria, aquisição de passagens aquaviárias do terminal do Cujupe e contratação de serviços de hotelaria e alimentação para o público externo da Escola Superior da Magistratura do Maranhão (ESMAM).

A realização de tais certames de forma presencial justificou-se pela necessidade de maior proximidade entre o pregoeiro e os concorrentes, de forma que a negociação fosse mais direta e eficiente. Ainda que fosse realizado na forma eletrônica, o alcance destes pregões sofreria restrições geográficas, pelas características inerentes aos serviços adquiridos, que exigiam empresas com atuação local.

É sabido que algumas contratações, a despeito de estarem enquadradas como bens ou serviços comuns, demandam uma atuação mais intensa do pregoeiro e da sua equipe para que o interesse público seja alcançado. Neste caso, desaconselha-se o uso da forma eletrônica, onde tudo é realizado por meio da *internet*, por esta limitar o poder de intervenção e de persuasão do pregoeiro. (NIEBUHR, 2015).

Em relação à economicidade obtida através dessa modalidade, de 2016 a 2018, a redução média dos valores adjudicados em relação aos estimados foi de 27%, variando de acordo com os itens licitados. Em materiais com menor margem de negociação, como

combustíveis, por exemplo, obteve-se uma redução de cerca de 14% nos preços, enquanto em itens com uma maior flexibilidade de negociação, como materiais de expediente, a economia chegou a 81%.

Uma maior margem de negociação tem relação direta com a multiplicidade de fornecedores do item e com o número de correspondentes similares encontrados no mercado. Com mais empresas participantes, a Administração recebe mais propostas e tem mais opções de escolha para a satisfação do interesse público. Um material fabricado por 50 marcas diferentes ou distribuído por 50 fornecedores tende a ser mais negociável do que um outro com apenas dois correspondentes, por exemplo.

Sobre a negociabilidade de determinado bem ou serviço, um exemplo prático extraído do espectro de dados que se valeu esta pesquisa ocorreu no pregão eletrônico nº 005/2017. O procedimento teve como objeto o registro de preços para a contratação de serviços de telefonia móvel pós-paga.

Na ocasião, apenas duas empresas de telefonia móvel participaram da licitação, o que restringiu sobremaneira a concorrência e a possibilidade de redução substancial de preço. No item 16, por exemplo, referente a um *software* de gestão de consumo de dados de *internet*, o valor adjudicado foi exatamente igual ao valor estimado, sem margem para negociação por parte das concorrentes.

Já no item 23 do mesmo certame, concernente a chamadas do tipo VC1 móvel/móvel local, o valor adjudicado chegou a ultrapassar em 10% o valor estimado, como se observa no quadro a seguir:

Quadro 3 – Detalhamento do item 23 do pregão eletrônico nº 005/2017.

Item: 23 - GRUPO 1

Descrição: Telefonia - Convencional / Celular

Descrição Complementar: Chamada VC1 - Móvel/Móvel Local (outras operadoras)

Tratamento Diferenciado: -

Aplicabilidade Margem de Preferência: Não

Quantidade: 600.000

Unidade de fornecimento: minutos/ano

Valor estimado: R\$ 0,2000

Situação: Aceito e Habilitado

Aceito para: CLARO S.A., **pelo melhor lance de** R\$ 0,2200.

Fonte: *site* ComprasNet.

Conforme se nota no caso prático acima exemplificado, em uma contratação de serviço especializado, com uma menor quantidade de prestadores participantes do processo licitatório, são menores as possibilidades de negociação entre os concorrentes e de escolha pela Administração Pública.

Partindo para uma análise sobre a participação do pregão eletrônico na economia de recursos do TJMA, cabe inicialmente mencionar que a maior necessidade do órgão se refere à aquisição de bens e serviços comuns. Consequentemente, o volume de pregões realizados em muito supera o de outras modalidades, tais como a concorrência.

Desta forma, o impacto financeiro da redução de custos de contratação trazidos por aqueles é bem mais significativo do que aquele causado por outras modalidades licitatórias, representando quase a totalidade do valor economizado na adjudicação em relação à estimativa.

Em uma compilação de dados realizada pela Coordenadoria de Licitações e Contratos do TJMA, referentes aos anos de 2014 e 2015, constatou-se que dos R\$ 88.625.417,93 (oitenta e oito milhões, seiscentos e vinte e cinco mil, quatrocentos e dezessete reais e noventa e três centavos) economizados nos processos licitatórios, 98,7% corresponderam à modalidade pregão e somente 1,28% foram atribuídos à concorrência.

O maior volume de pregões realizados na forma eletrônica também faz com que o montante economizado nestes procedimentos seja mais robusto. Dos R\$ 87.492.402,43 (oitenta e sete mil, quatrocentos e noventa e dois mil, quatrocentos e dois reais e quarenta e três centavos) economizados com o uso do pregão, 98,34% se deram na forma eletrônica e somente 1,66% ocorreram na forma presencial.

No entanto, o vulto economizado não pode ser integralmente creditado à proporcionalidade entre as modalidades. Mesmo quando são comparadas quantidades equivalentes de pregões eletrônicos e de concorrências, os primeiros se sobressaem com uma maior economia em relação aos valores estimados.

Isso se deve, sobretudo, à própria natureza e à forma de operação da concorrência, que é a mais complexa dentre as modalidades licitatórias. O Tribunal de Justiça do Maranhão utiliza a concorrência para a aquisição e alienação de imóveis, conforme exigência legal⁴⁹,

⁴⁹ A Lei nº 8.666/1993 dispõe no seu art. 22, § 3º, sobre a obrigatoriedade de utilização da concorrência para a aquisição e alienação de imóveis, nos seguintes termos: “A concorrência é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor de seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis, ressalvado o disposto no art. 19, como nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais, admitindo-se neste último caso,

assim como para reformas e ampliações em geral nos imóveis do seu uso e propriedade. Tratam-se, como visto, de serviços complexos, com especificações minuciosas, que não cabem na sistemática de lances múltiplos e sucessivos. Com isso, a competitividade é consideravelmente menor do que aquela observada no pregão eletrônico.

Os dados até aqui apresentados corroboram com tudo o que já foi exposto. A eficácia do pregão eletrônico, traduzida sobretudo em economicidade e celeridade, pode ser constatada desde a primeira licitação realizada desta forma pelo TJMA, se mostrando linear com o passar dos anos e se mantendo notável até os dias atuais.

Desta feita, entende-se que o Tribunal de Justiça do Maranhão tem obtido êxito ao difundir e incentivar o uso do pregão eletrônico nas suas contratações, fazendo com que cada vez mais licitações sejam realizadas nesta modalidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo do pregão eletrônico permite compreender um pouco sobre as suas características gerais, suas peculiaridades e suas metodologias. Quando observado dentro do contexto geral das licitações se torna perceptível o seu diferencial em relação às demais modalidades de contratações do Poder Público.

A simplificação das suas etapas, a celeridade possibilitada com a inversão de fases e o uso da tecnologia de informação fizeram com que o alcance do pregão eletrônico fosse multiplicado, abrangendo inúmeras esferas governamentais. No Estado do Maranhão, o Tribunal de Justiça foi um dos órgãos em que tais características puderam ser claramente observadas nos doze anos em que faz uso do procedimento.

O ponto focal da pesquisa foi alcançado através da apresentação de dados gerais e específicos referentes aos pregões eletrônicos realizados, analisados à luz da doutrina e da ampla legislação sobre o assunto. Quando comparados, a teoria e prática encontraram similaridades notáveis, que corroboraram e enrobusteceram o cerne deste estudo.

Os dados estudados permitem constatar que a variante eletrônica do pregão, no decorrer dos seus doze anos de aplicação no órgão em comento, é uma eficiente forma de licitar, uma vez que possibilita: 1) ganho de tempo, com as suas etapas rápidas e objetivas, realizadas de forma virtual; 2) ampliação da concorrência, posto que o uso da internet elimina entraves físicos à participação de empresas de todas as localidades do país; 3) processo transparente, pois o seu acompanhamento pode ser feito pela internet, ficando os resultados disponível para consulta de qualquer cidadão e, por fim, 4) economia ao erário, como consequência lógica da grande concorrência e da metodologia de lances.

O bom desempenho obtido pelo TJMA sugere tratar-se o pregão eletrônico de uma boa prática, que deve ser difundida e ampliada tanto quanto possível. A forma aberta e transparente com que o órgão estudado trata os seus procedimentos licitatórios enseja margem para que sugestões de melhoria sejam realizadas, objetivando o alcance de resultados ainda melhores.

Para que o pregão eletrônico seja realizado com cada vez mais excelência, necessária se faz a adequação do quadro de pessoal do setor à demanda existente, com um contínuo incentivo à capacitação e atualização profissional, teórica e prática, com as mais recentes disposições sobre o assunto.

Neste último ponto, é notória a preocupação do órgão em estudo com o desenvolvimento dos servidores desta esfera, haja vista a realização de capacitação periódica na área de licitação e contratos administrativos através da Escola Superior da Magistratura do Maranhão (ESMAM).

A constante melhoria da estrutura física também é desejável, sobretudo no que condiz aos equipamentos de informática, essenciais para o bom desempenho das atividades. Além disso, importa que a equipe responsável esteja atenta para que a modalidade seja rigorosamente aplicada nas aquisições de bens e serviços comuns.

Por se tratar se um assunto relativamente recente, com pouco de mais de 10 anos de existência, os estudos referentes à aplicação do pregão eletrônico ainda são esparsos e com poucas fontes de dados sólidas para análise. Considerando, ainda, a velocidade com que a tecnologia se desenvolve e com que as leis e jurisprudências sobre o assunto sofrem atualizações, se faz importante que novos estudos sejam realizados dentro desta temática.

Ante todo o exposto, examinando os pregões eletrônicos realizados pelo Tribunal de Justiça do Maranhão, fica cristalina a observância das características teóricas da modalidade no plano fático. Constatou-se que a modalidade trouxe importantes avanços e modernização para o setor de compras da instituição, contribuindo sobretudo para o fortalecimento dos princípios fundamentais da administração pública.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; 2013.
- BARROS, Márcio dos Santos. **502 Comentários sobre Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. NJD, 2011.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16 abr. 2018.
- _____. **Decreto nº 3.555**, de 08 de agosto de 2000. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3555.htm>. Acesso em 30 abr. 2018.
- _____. **Decreto nº 5.450**, de 31 de maio de 2005. Disponível em <http://www.comprasnet.gov.br/legislacao/decretos/de5450_2005.html>. Acesso em 30 abr. 2018.
- _____. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em 30 abr. 2018.
- _____. **Lei nº 10.520**, de 17 de julho de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm>. Acesso em 30 abr. 2018.
- _____. **Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão: Compras Governamentais**. Disponível em: <<http://www.comprasnet.gov.br/livre/pregao/ata0.asp>>. Acesso em 30 abr. 2018.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. **TJMA registra dez anos de utilização do sistema Pregão Eletrônico**. Disponível em <<http://www.tjma.jus.br/tj/visualiza/sessao/19/publicacao/411965>>. Acesso em 30 abr. 2018.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.
- COUTINHO, Sylvana Uchôa Mascarenhas; COSTA, Ivaci Pozenato; VALE, Maria Clarissa Rocha. **Uma Iniciativa de Sucesso em Licitações Eletrônicas**. Informática Pública vol. 5. Disponível em <http://www.ip.pbh.gov.br/ANO5_N2_PDF/ip0502coutinho.pdf>. Acesso em 02 jun. 2018.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- DUVALL, Richard O; ELLING, Terry L; TAYLOR, Timothy J. **Public Procurement in the United States: overview**. Disponível em: <

[https://content.next.westlaw.com/Document/I2ef1290d1ed511e38578f7ccc38dcbee/View/FullText.html?contextData=\(sc.Default\)&transitionType=Default&firstPage=true&bhcp=1#sk=1.YB0Lq7](https://content.next.westlaw.com/Document/I2ef1290d1ed511e38578f7ccc38dcbee/View/FullText.html?contextData=(sc.Default)&transitionType=Default&firstPage=true&bhcp=1#sk=1.YB0Lq7)>. Acesso em 14 mai. 2018.

FURTADO, Lucas da Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELO FILHO, Luiz Fernando Bandeira de. **A Licitação na Constituição de 1988**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-ii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-o-exercicio-da-politica/a-licitacao-na-constituicao-de-1988>>. Acesso em 11 mai. 2018.

MONTEIRO, Vera. **Licitação na Modalidade de Pregão**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORENO, André de Sousa; COSTA, Allyson Frank Gouveia. O Pregão Eletrônico e Presencial no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. In: VELTEN, Paulo (Org.). **Estudos em Gestão Pública: Reflexões Interdisciplinares do Judiciário Maranhense**. São Luís: ESMAM, 2017. p. 40-63.

NIEBURH, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

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

Disponível em:

<<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/27211/000763386.pdf?sequence=1>>.

Acesso em 26 abr. 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2014.

PORTELA JUNIOR, Paulo de Farias; CARVALHO, Maria Fernanda Tribuzi de. O Processo de Licitação no Tribunal de Justiça do Maranhão: Impacto do Pregão Eletrônico no Sistema de Compras. In: VELTEN, Paulo (Org.). **Estudos em Gestão Pública: Reflexões Interdisciplinares do Judiciário Maranhense**. São Luís: ESMAM, 2017. p. 268-287.

SILVA, Arídio. RIBEIRO, José Araújo. RODRIGUES, Luiz Alberto. **Desvendando o Pregão Eletrônico**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Pregão: Uma Nova Modalidade de Licitação**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

U.S. GENERAL SERVICES ADMINISTRATION. **GSA Forms Library**. Disponível em: <<https://www.gsa.gov/forms-library/performance-bond>>. Acesso em 14 mai. 2018.

VERGARA, Sylvia Constant. **Projetos e Relatórios de Pesquisa em Administração**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2011.